

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR
CAMPUS PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES – CACOAL
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DE DIREITO

ALINE CRISTINA RAK

**A MUTAÇÃO (IN) CONSTITUCIONAL POR INTERPRETAÇÃO JUDICIAL:
ANÁLISE DO *HABEAS CORPUS* 126.292 SOB UM ENFOQUE DEMOCRÁTICO**

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
MONOGRAFIA

CACOAL – RO
2016

ALINE CRISTINA RAK

**A MUTAÇÃO (IN) CONSTITUCIONAL POR INTERPRETAÇÃO JUDICIAL:
ANÁLISE DO *HABEAS CORPUS* 126.292 SOB UM ENFOQUE DEMOCRÁTICO**

Monografia apresentada à Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação do professor M.e Silvério dos Santos Oliveira.

CACOAL - RO

2016

Rak, Aline Cristina.
R162m A mutação (in)constitucional por interpretação judicial:
análise do Hábeas Corpus 126.292 sob um enfoque
democrático/ Aline Cristina Rak– Cacoal/RO: UNIR, 2016.
69 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação).
Universidade Federal de Rondônia – Campus de Cacoal.
Orientador: Prof. M.e Silvério dos Santos Oliveira

1. Direito constitucional. 2. Constitucionalismo. 3.
Mutação. 4. Democracia. I. Oliveira, Silvério dos Santos. II.
Universidade Federal de Rondônia – UNIR. III. Título.
CDU – 342

Catálogo na publicação: Leonel Gandi dos Santos – CRB11/753

**A MUTAÇÃO (IN) CONSTITUCIONAL POR INTERPRETAÇÃO JUDICIAL:
ANÁLISE DO *HABEAS CORPUS* 126.292 SOB UM ENFOQUE DEMOCRÁTICO**

Por

ALINE CRISTINA RAK

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Rondônia – *Campus* Prof. Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, para obtenção do grau de Bacharel em Direito, mediante a Banca Examinadora formada por:

M.e Silvério dos Santos Oliveira

Professora M.a Daeane Zurilan Dort

Professor M.e Willian Ricardo Grilli Gama

Conceito: 100

Cacoal,RO, 14 de Julho de 2016.

Dedico este trabalho à minha mãe Célia Maria,
pelo amor incondicional, pela dedicação e
apoio em todos os desafios da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à Deus, pelo dom da vida e por me dar forças para alcançar esta importante vitória em minha vida, mantendo-me firme nessa caminhada sempre com fé, amor e alegria.

Agradeço à minha querida família, aos meus amados pais, João Carlos Rak e Célia Maria Luiz, que sempre me incentivaram na busca dos meus sonhos, pelos ensinamentos e por todo carinho e ternura que sempre me dedicaram. Agradeço infinitamente a minha querida irmã Juliana Rak por me inspirar todos os dias, sempre vibrando com as minhas vitórias. E ao meu namorado Rafael Peixoto, por estar sempre presente nas minhas batalhas dia após dia, me encorajando e sempre me transmitindo paz e serenidade.

Agradeço especialmente ao meu orientador Professor Mestre Silvério dos Santos Oliveira pela orientação irrepreensível, e principalmente pela história que construiu na Universidade Federal de Rondônia- *campus* Cacoal, nos ajudando nestes anos a construir nossa própria história. Obrigada Mestre pela dedicação e amor que desenvolve seu trabalho, por ser o grande exemplo que pretendo levar desta instituição para minha vida.

Agradeço a querida Professora Sônia Mara Nita que com tanto carinho e paciência nos guio desde o início do curso até aqui, os seus valiosos ensinamentos estarão sempre em meu coração.

E por fim, mas não menos importante, agradeço aos meus amigos e colegas de classe, pessoas com as quais eu muito aprendi e levarei as melhores lembranças. Agradeço infinitamente as minhas amigas Jakeline Gella, Maria Luisa, Laís Gabriel, Fernanda Oliveira e Fabiola Brod, pelo apoio e pelas alegrias diárias, vocês foram verdadeiros anjos sem asas nestes cinco anos curso.

*Que se cumpra para durar e perdurar, enriquecendo-se da seiva humana
que nutre e imortaliza, se antes disso o processo de reformas neoliberais, de
interesse dos detentores do poder, não a liquidar, pela desfiguração sistemática.*

*JOSÉ AFONSO DA SILVA
(Poder Constituinte e Poder Popular, 2000, p. 259)*

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo o estudo sobre o fenômeno da mutação constitucional por interpretação judicial, bem como de seus limites e sua aplicabilidade pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que o fenômeno se manifesta por via da interpretação judicial realizada por este órgão principalmente por meio do controle difuso de constitucionalidade. Para uma melhor contextualização inicia-se o estudo pelo tema constitucionalismo e controle de constitucionalidade, nascedouro do controle difuso que é apontado doutrinariamente como a forma de manifestação da mutação constitucional. Após inicia-se o estudo da teoria da mutação constitucional, desde suas teorias formalistas originárias do constitucionalismo germânico até seu estudo pela doutrina brasileira. Em seguida passa-se ao estudo do caso concreto ocorrido no julgamento do *habeas corpus* 126.292, em que a Suprema Corte Brasileira realizou uma nova interpretação, ou seja, uma mutação do artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, adotando postura diferente da que vinha sendo entendida pela jurisprudência pátria. Após a análise do julgamento do *habeas corpus* 126.292 será possível caminhar para a solução da problemática proposta, apontando para uma mutação inconstitucional realizada pelo Supremo Tribunal Federal. Para obtenção da resposta à problemática a pesquisa utilizou-se do método dedutivo, pautado em pesquisa bibliográfica de cunho doutrinário, bem como artigos atinentes ao tema.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Mutação Constitucional. Controle de Constitucionalidade. *Habeas corpus* 216.292. Mutação inconstitucional por interpretação judicial.

ABSTRACT

This work aims to study the phenomenon of constitutional mutation by judicial interpretation, as well as its limits and its application by the Supreme Court, since the phenomenon is manifested by way of judicial interpretation made by this body mainly through diffuse control of constitutionality. For a better contextualization begins to study the issue and constitutionalism constitutionality control, birthplace of the diffuse control that is pointed doctrinally as the form of manifestation of constitutional change. After it begins the study of the theory of constitutional change, from its formalist theories originating in the German constitutionalism to their study by the Brazilian doctrine. Then passes to the study of the case occurred in the judgment of habeas corpus 126,292 in the Brazilian Supreme Court held a new interpretation, that is, a mutation of Article 5, paragraph LVII of the Federal Constitution of 1988, adopting different posture which had been understood by the country jurisprudence. After the analysis of 126,292 habeas corpus trial will be able to move towards the solution of the problem proposed, pointing to an unconstitutional mutation carried out by the Supreme Court. To obtain the answer to the research problem we used the deductive method, based on literature review of doctrinal nature, as well as articles pertaining to the subject.

Keywords: Constitutionalism. Constitutional change. Constitutionality control. Habeas corpus 216,292. Mutation unconstitutional by judicial interpretation.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 8 |
| 1 CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA | 11 |
| 1.1 O ESTADO DE DIREITO E O ESTADO CONSTITUCIONAL | 11 |
| 1.2 O PODER CONSTITUINTE E O NASCIMENTO DA CONSTITUIÇÃO | 14 |
| 1.3 RIGIDEZ E FLEXIBILIDADE DAS CONSTITUIÇÕES | 19 |
| 1.4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE | 21 |
| 2 O FENÔMENO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL | 26 |
| 2.1 A ORIGEM DA TEORIA NO DIREITO GERMÂNICO | 27 |
| 2.2 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL | 32 |
| 2.3 INTERPRETAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL..... | 33 |
| 2.4 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL POR INTERPRETAÇÃO JUDICIAL..... | 36 |
| 3 OS LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO..... | 39 |
| 3.1 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO | 39 |
| 3.2 A LEGITIMIDADE DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL | 40 |
| 3.3 OS LIMITES À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL | 44 |
| 3.4 A MUTAÇÃO INCONSTITUCIONAL E O PROCESSO DEMOCRÁTICO..... | 48 |
| 4 A MUTAÇÃO INCONSTITUCIONAL NO <i>HABEAS CORPUS</i> 126.292 | 52 |
| 4.1 OS ASPECTOS RELEVANTES DO JULGAMENTO DO <i>HABEAS CORPUS</i> 126.292 | 52 |
| 4.2 A DECISÃO PARADIGMA DO STF NO <i>HABEAS CORPUS</i> 84.078 | 56 |
| 4.3 A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL..... | 58 |
| 4.4 A MUTAÇÃO INCONSTITUCIONAL NO <i>HABEAS CORPUS</i> 126.292 E SEUS EFEITOS ANTIDEMOCRÁTICOS..... | 60 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 63 |
| REFERÊNCIAS..... | 65 |

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo o estudo do fenômeno da mutação constitucional por interpretação judicial, analisando sua aplicabilidade pela suprema corte brasileira e seus reflexos no ordenamento jurídico pátrio, pautado nos princípios e fundamentos de um Estado Democrático de Direito.

A ideia moderna de um Estado Democrático tem suas raízes no século XVIII, implicando a afirmação de certos valores fundamentais da pessoa humana, bem como a exigência de organização e funcionamento do Estado tendo em vista a proteção daqueles valores.

O fenômeno que a doutrina alemã pioneiramente denomina de mutação constitucional, é tema de grande relevância para o Direito Constitucional e para a Teoria do Poder Constituinte, pois segundo a melhor doutrina este é um mecanismo natural e desejável de atualização da norma, uma vez que as normas precisam se adaptar as mudanças sociais e ao momento histórico em que se pautam.

Não há dúvida de que um texto normativo que não possui sintonia com a realidade social está fadado a tornar-se um conjunto de recomendações desprovidas de sentido, o que seria um eminente risco à estabilidade da norma e da Constituição, por outro lado, uma Constituição incapaz de ser permanente torna-se incapaz de amparar os Direitos e Garantias Fundamentais, trazendo a indesejável sensação de insegurança jurídica.

Na busca pelo equilíbrio entre adaptabilidade e permanência da Constituição está a mutação constitucional, que se propõe à atualizar a norma sem que haja qualquer alteração formal em seu conteúdo, o que existe é uma interpretação voltada a concretização dos direitos e garantias fundamentais, que altera o sentido da norma, dentro dos limites da legitimidade.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal ao julgar o *Habeas Corpus* 126.292 realizou uma releitura do artigo 5º, inciso LXII da Constituição Federal de 1988, que trata do princípio da não culpabilidade, inovando a postura adotada pela própria Corte desde 2009, ao reconhecer a possibilidade de aplicação provisória de pena restritiva de liberdade, após acórdão condenatório em 2ª instância e antes do trânsito em julgado da condenação.

Houve portando uma mutação, ou seja, uma mudança informal no sentido dado aos termos “trânsito em julgado”, operada pela via interpretativa pela Suprema Corte. Partindo do estudo da teoria da mutação constitucional pretende-se concluir se o notório julgamento que culminou na mudança da orientação jurisprudencial da Corte é um caso típico de mutação constitucional ou se em verdade houve uma quebra da constituição, a chamada mutação inconstitucional.

Explorando o tema proposto, o primeiro capítulo desde trabalho será voltado ao tema constitucionalismo e democracia, partindo do estudo do conceito de Estado de Direito e de Estado Constitucional, logo após partiremos ao estudo do Poder Constituinte e da rigidez da Constituição, que visa garantir a permanência da Constituição.

Ainda no primeiro capítulo será realizado um estudo acerca do controle de constitucionalidade aplicado no Brasil, entretanto, devido a complexidade do assunto, não há a pretensão de esgotar o tema neste trabalho, mas sim de trazer apontamentos necessários à compreensão do tema central deste trabalho, a teoria da mutação constitucional.

O segundo capítulo é dedicado a um estudo aprofundado da teoria da mutação constitucional, percorrendo sobre sua origem no direito germânico, trazendo a baila seus principais teóricos, como os pioneiros no estudo do tema Paul Laband e Georg Jelineck e ainda jurista chinês Hsü Dau-Lin, expectador do constitucionalismo alemão. Ainda no segundo capítulo, passamos ao estudo da mutação constitucional no Brasil, sendo percurssora a tese elaborada por Anna Cândida da Cunha Ferraz.

O terceiro capítulo é reservado ao tema das limitações da mutação constitucional no Estado Democrático de Direito, este sem dúvida é ponto mais sensível da teoria da mutação constitucional, pois em razão da escassez de sistematização doutrinária sobre o assunto torna-se imperioso sua utilização por via da interpretação judicial, uma vez que entre a legitimidade e ilegitimidade do

fenômeno encontra-se apenas uma linha tênue, que deve ser observada pelo intérprete.

O quarto e último capítulo é dedicado ao tema da inconstitucionalidade da mutação do termo “trânsito em julgado” realizado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de interpretação judicial, dando ao princípio da não culpabilidade uma nova roupagem contrária aos preceitos constitucionais consagrados pela Constituição de 1988. Será ainda apresentados os argumentos que levam a esta conclusão, tendo em vista a essência da teoria da mutação constitucional e seus ditames sociais imprescindíveis para a concretização da Constituição na sociedade em que vigi ou que pretende vigor.

Nessa trilha, para concluir sobre a inconstitucionalidade da mutação no emblemático julgamento do *habeas corpus* 126.292, foi utilizado o método dedutivo, partindo-se do estudo do Constitucionalismo e do Estado democrático de Direito, analisando-se com afinco a teoria do fenômeno da mutação constitucional, para, só então adentrar no caso em análise, qual seja, o julgamento do *habeas corpus* 126.292.

Para a pesquisa o método utilizado foi o zetético, pois este propicia a abertura necessária para a discussão acerca do fenômeno da mutação constitucional no Estado Democrático de Direito, porém, não se desvencilhando do método dogmático na análise o texto normativo da Constituição Federal de 1988, havendo, desta forma uma complementariedade ao método zetético, necessária a obtenção da melhor resposta à problemática proposta.

No mais, o procedimento técnico aplicado foi de pesquisa bibliográfica a partir de material já publicado, constituído principalmente de livros doutrinários e artigos científicos atinentes ao tema.

1 CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

1.1 O ESTADO DE DIREITO E O ESTADO CONSTITUCIONAL

O Estado de Direito surge da necessidade de proteger os direitos fundamentais de cada indivíduo do arbítrio daquele que possua o poder soberano. De acordo com Dallari (2012, p. 145) na era medieval acreditava-se que todo o poder adivinha de Deus, as teorias teocráticas apresentavam-se como de direito divino sobrenatural, afirmando que o próprio Deus concedera o poder ao príncipe, o que legitimava a concentração do poder nas mãos do soberano.

Ainda leciona Dallari (2012, p. 89) que com o surgimento das teorias contratualistas e das buscas revolucionárias inspiradas pelo iluminismo contra o estado absolutista que imperava na Inglaterra, França e Estados Unidos, tem-se uma mudança decisiva, em que se retira o poder das mãos do monarca e entrega este poder nas mãos do povo. São as chamadas teorias democráticas, que sustentam que a soberania tem sua origem e sua titularidade no povo, trata-se da soberania popular.

Conforme Rousseau (2002, p. 73) só seria legítimo o governo democrático, sua teoria contratualista é a que mais se aproxima da ideia, atualmente consolidada, de poder constituinte do povo, muito embora Look (2013, p. 95) em sua teoria jusnaturalista, falasse na possibilidade do povo por meio do exercício do seu direito de revolução alcançar uma nova forma de governo, sinalizando assim a legitimidade do poder constituinte do povo.

Discorrendo sobre o princípio democrático, assevera Hespana (1997, p. 172):

o princípio democrático vem estabelecer que a única legitimidade política é a legitimidade proveniente da vontade popular e, perante ela, deviam curvar-se todas as antigas formas de legitimidade, desde a legitimidade do direito divino à oriunda da tradição.

Segundo Costa (2010, p. 245) a teoria do Estado de direito, que inicialmente foi desenvolvida na Alemanha e logo após na França e na Itália, deparou-se com a difícil tarefa de solucionar a tensão existente entre o poder e os direitos, estando a origem desta tensão em dois aspectos elementares da cultura político-jurídica do século XIX, o primeiro seria a centralidade do Estado-nação e de sua soberania e o

segundo seria a fragilização dos direitos individuais, que com o positivismo jurídico, passou a fundamentar-se necessariamente na legislação codificada.

Até a revolução francesa havia uma visão otimista no estado de direito e na proteção dos direitos individualmente considerados, pois como o poder soberano pertencia ao povo, imagina-se que a pretensão do soberano legitimado pelo povo se harmonizaria com as mesmas pretensões dos indivíduos, e assim os direitos individuais de cada integrante do povo estariam protegidos. No entanto, essa expectativa foi frustrada, uma vez que os interesses do governante e dos governados não se assemelhavam, conforme Costa (2010, p. 247):

Com a revolução houve uma radical fratura entre a democracia e os direitos fundamentais dos sujeitos: o poder do *demos*, a democracia dos iguais, a democracia privada de qualidade, põe em xeque a liberdade-propriedade. Ou seja, a vontade autoritária da maioria- desqualificada para tomar as melhores decisões- pode cancelar os princípios que sustentam uma ordem racional justa e civilizada se violados os direitos de liberdade e de propriedade. Busca-se, então, a solução para a questão de como encontrar uma forma de enfraquecer esta tensão entre poder e direitos, ou ao menos conter os seus efeitos mais perturbadores.

Percebe-se, portanto, que embora a criação do Estado de direito tenha sido um grande avanço, ainda faltava um mecanismo capaz de controlar a própria atividade estatal, haja vista que o estado do final do século XIX era totalmente desprovido da síntese dos poderes tal como concebemos no estado atual, conforme explica Dallari (2010, p. 128).

Observa-se que a atividade administrativa do estado estava submetida aos ditames do direito, mas o próprio Estado ditava o direito, podendo assim manipular a atividade legislativa da forma que melhor se adequasse aos interesses do soberano. Assevera Costa (2010, p. 262) “ não são ‘todos’, ou mesmo os ‘muitos’ a decidir, mas os ‘poucos’, os membros das elites”.

Assim o Estado Constitucional, na busca de solucionar as tensões que pairam entre direitos e poder, uma vez que o Estado de direito se mostra incapaz de proteger os direitos individuais frente ao poder exercido pelo soberano, ainda que esta soberania seja fruto da vontade democrática. (DALLARI, 2012, p. 167).

De acordo com Canotilho (2002, p. 86), o Estado Constitucional é um Estado de direito qualificado, e para ser um Estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de direito democrático, “este Estado democrático de direito procura estabelecer uma conexão interna entre

democracia e Estado de direito” (CANOTILHO, 2002, p. 93).

Ainda, conforme preleciona Canotilho (1995, p. 102) o Constitucionalismo é a teoria ou ideologia que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos e as dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade .

O estado constitucional do século XX baseia-se primordialmente no princípio da constitucionalidade, diferente do Estado de Direito do século XVIII e XIX que segundo Costa (2010, p. 252) estava pautado no princípio da legalidade estrita e do positivismo, em que uma lei formalmente adequada seria parâmetro de aplicação do direito, ainda que materialmente inadequada.

Ressalta Costa (2010, p. 256) que constitucionalismo contemporâneo tem como principal característica a ruptura ao culto do princípio da legalidade, principal marca do Estado de direito, onde até então o legislador possuía uma posição privilegiada na estruturação do poder, haja vista que a lei que criava direitos e obrigações não era submetida a nenhum mecanismo de controle.

De acordo com Barroso (2007, p. 04) a ruptura com a veneração ao legalismo esta "emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promovera a barbárie sob a proteção da legalidade."

A teoria de Kelsen (2000, p. 176), neste contexto, apregoa a estrutura escalonada do ordenamento jurídico, em que se coloca a Constituição na camada jurídico-positivo mais alta. Desta feita, o Estado encontra-se no plano do dever-ser, não sendo um ente real e não se relacionando, portanto, com os sujeitos. Sendo, no plano do dever ser, um aparato normativo hierarquicamente organizado e passível de controle. Segundo o autor: (2000, p. 182):

A estrutura hierárquica da ordem jurídica de um Estado é, grosso modo, a seguinte: pressupondo-se a norma fundamental, a constituição é o nível mais alto dentro do Direito nacional. A constituição aqui é compreendida não num sentido formal, mas material. A constituição no sentido formal é certo documento solene, um conjunto de normas jurídicas que pode ser modificado apenas com a observância de prescrições especiais cujo propósito é tornar mais difícil a modificação dessas normas. A constituição no sentido material consiste nas regras que regulam a criação das normas jurídicas gerais, em particular a criação de estatutos. Por causa da constituição material existe uma forma especial para as leis constitucionais ou uma forma constitucional. Se existe uma forma constitucional, então as leis constitucionais devem ser distinguidas das leis ordinárias. A diferença consiste em que a criação, isto é, decretação, emenda, e revogação, de leis constitucionais, é mais difícil a de leis ordinárias.

Assim, é possível o controle jurisdicional da lei, devendo a lei estar em conformidade com a Constituição, em seu sentido formal e material, observa-se a imposição da norma constitucional sobre o poder, trata-se da garantia da supremacia da Constituição que se perfaz por meio do controle jurisdicional das leis.

O constitucionalismo se origina da real necessidade de separar o que é jurídico do que é político, desta forma, preserva sua gênese na limitação do poder do estado, tendo tal controle como principal consequência a limitação do próprio princípio democrático, afinal limita-se a atuação do legislador, que somente pode atuar nos limites estabelecidos pelo próprio texto constitucional, nesse sentido, Neves (2011, p. 65):

Embora na acepção estritamente moderna a Constituição possa ser apreendida como uma limitação jurídica ao governo, "a antítese do regime arbitrário" (constitucionalismo), daí não decorre forçosamente que seja concebida como uma "declaração" de valores políticos-jurídicos preexistentes, inerentes à pessoa humana, ou como produto da evolução da consciência moral no sentido de uma moral pós-convencional ou universal [...]. É possível também uma leitura no sentido de que a Constituição na acepção moderna é fator e produto da diferenciação funcional entre direito e política como subsistemas da sociedade. Nessa perspectiva, a constitucionalização apresenta-se como o processo através do qual se realiza essa diferenciação.

Ressalta Costa (2010, p. 259) que Estado de direito precede o Estado constitucional, sendo este regido pela supremacia da constituição, imperando até mesmo sob as decisões majoritárias, o que não suprime seu carácter democrático, temos, no estado constitucional de direito a busca pelo equilíbrio entre o poder e o direito.

1.2 O PODER CONSTITUINTE E O NASCIMENTO DA CONSTITUIÇÃO

Sieyès (1986, s.p) desenvolveu durante a Revolução Francesa a teoria da Nação como titular do Poder Constituinte, descrevendo este poder como juridicamente ilimitado e incondicionado, inaugural e soberano, trata-se de um poder que precede a própria Constituição, um poder instituidor da organização política do Estado, capaz de romper definitivamente com a organização precedente e inaugurando uma nova organização.

Em sua obra intitulada "O que é o terceiro Estado" Sieyès (1986, s.p)

descreve que o Poder Constituinte não poderia ser constitucional, pois é anterior a própria Constituição, sendo da nação a titularidade deste poder, tem-se na própria nação sua legitimidade. Também descreve que com a Constituição, obra do poder constituinte originário, decorre a legalidade das novas leis, que deverão ter sua validade derivada da própria Constituição.

A doutrina constitucionalista diverge quanto a natureza do poder constituinte originário, havendo segundo Ferraz (1979, p. 24) duas correntes: a corrente juspositivista e a corrente jusnaturalista. Para a corrente juspositivista o poder constituinte originário é uma energia ou força social, um poder de fato e um poder político que cria uma nova ordem jurídica, destituindo a ordem jurídica anterior, não havendo, para esta corrente, quaisquer limites ao poder constituinte originário.

A corrente jusnaturalista, de acordo com Ferraz (1979, p.24) esclarece quanto ao que denomina de direito posto e direito pressuposto, segundo essa teoria o poder constituinte vincula-se com o direito natural preexistente, sendo este o direito pressuposto, não se limitando apenas ao direito posto, aquele positivado. Para a tese jusnaturalista, o poder constituinte é um poder de direito, pois o direito natural se adere ao constituinte, já para a tese juspositivista, o poder constituinte é um poder de fato.

A tese jusnaturalista é defendida por Ferreira Filho (2006, p. 23), entre outros renomados doutrinadores, segundo o autor: “O direito não se resume ao Direito Positivado, existindo um direito natural, anterior ao Direito do Estado e superior a este do qual decorre as liberdades dos homens de estabelecer as instituições pelas quais serão governados”.

No mesmo sentido afirma Canotilho (1995, p.81): “o povo, na condição de sujeito constituinte, obedece a padrões e modelos de conduta espirituais, culturais, éticos e sociais conformadores da consciência jurídica geral da comunidade”.

Também nesta trilha, Miranda (2007, p. 132) adverte que “o poder constituinte não é ilimitado, uma vez que não tem a capacidade de emprestar à Constituição todo e qualquer conteúdo, sem atender quaisquer princípios, valores e condições”, o autor (2007, p. 134) descreve três espécies de limites materiais aos quais o poder constituinte deve observância, sendo eles o limites transcendentais, o limites imanentes e o limites heterônomos.

Os limites transcendentais advêm dos valores éticos e da consciência jurídica coletiva, próprios Direito Natural. Os limites imanentes decorrem da organização do

Estado, representando o momento histórico vivenciado, por fim, os limites heterônomos, são os limites oriundos do direito internacional que se impõe obrigações para o Estado.

Faz-se necessário distinguir o poder constituinte propriamente originário, do poder constituinte originário histórico. A exemplo do poder constituinte originário histórico temos a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que teve seu processo constituinte previsto pela emenda à Constituição de 1969, tendo como principal característica ser instituído pelo ordenamento vigente.

Já o poder constituinte originário propriamente dito tem como principal característica a ruptura com o ordenamento vigente por meio de revoluções. De acordo com Sampaio (2002, p. 350):

Os Modernos não imaginavam um poder constituinte que não fosse revolucionário. [...] A Constituição era assim, para os vencidos, a bandeira da violência e da usurpação dos títulos de legitimidade; enquanto para os vendedores era o fim da tirania ou do despotismo, o selo de uma nova era.

A importância de distinguir o poder constituinte originário revolucionário, do poder constituinte histórico se pauta no reconhecimento da possibilidade de controle de constitucionalidade, vez que sendo o poder constituinte originário um poder inaugural, incabível se falar em controle de constitucionalidade desse poder.

Bachof (1994, p. 62- 63) doutrinador alemão, vislumbra a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias, se essas normas forem de encontro com direitos supralegais positivados na própria constituição.

No Brasil, a mencionada teoria de Bachof é contraposta por doutrinadores que não vislumbram tal possibilidade, conforme Mendes (2009, p. 288):

Sendo o poder constituinte originário ilimitado e sendo o controle de constitucionalidade exercício atribuído pelo poder constituinte originário a poder por ele criado e que a ele deve reverência, não há que se cogitar de fiscalização de legitimidade por parte do Judiciário de preceito por aquele estatuído.

O Supremo Tribunal Federal até então, tem entendido pela impossibilidade de declarar a inconstitucionalidade de norma constitucional, fruto da obra do poder constituinte originário, coaduna-se com o entendimento de que o poder constituinte originário é ilimitado, inicial e incondicionado, pois é ele que cria o documento fundamental da organização do estado, delimitando os poderes e instituindo direitos

e garantias fundamentais, por meio da Constituição.

Extraímos do Voto do a época ministro relator Néri Silveira, em seu voto no ADI MC 2356/DF (Brasil, 2010, s.p):

a eficácia das regras jurídicas produzidas pelo poder constituinte (redundantemente chamado de 'originário') não está sujeita a nenhuma limitação normativa, seja de ordem material, seja formal, porque provém do exercício de um poder de fato ou suprapositivo.

Segundo Ferreira Filho (2006, p. 146), o termo Constituição, no sentido utilizado hodiernamente, remonta-se a obra “A dissertation upon parties” de Bollingbroke. O conceito de Constituição, entretanto, varia de acordo com a concepção que se adote, podendo partir de uma concepção sociológica, política ou jurídica.

Na definição de Schimith (1996, p. 43) a Constituição pode ser conceituada como a decisão política do titular do poder constituinte, Tem-se, portando, na Constituição da República o encontro do jurídico com o político.

Já o conceito sociológico de Lassale (1998, p. 15) define a Constituição como a somatória dos fatores reais de poder dentro de uma sociedade. Nesse sentido, a Constituição só seria legítima se representasse o efetivo poder social, refletindo as forças sociais que constituem o poder.

Na concepção jurídica atribuída a Kelsen (2000, p. 23) a Constituição aloca-se no mundo do dever ser, sendo obra da vontade racional do homem, trata-se da Constituição em sentido lógico-jurídico, ou seja, norma fundamental hipotética, estando acima da Constituição. Já no sentido jurídico-positivo, a Constituição seria a norma positiva suprema, assim, a lei mais importante do ordenamento jurídico. Discorrendo sobre a teoria de Kelsen, preleciona Silva (1992, p. 41) :

Constituição é, então, considerada norma pura, puro dever-ser, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica. A concepção de Kelsen toma a palavra Constituição em dois sentidos: no lógico-jurídico e no jurídico-positivo. De acordo com o primeiro, Constituição significa norma fundamental hipotética, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da Constituição jurídico-positiva, que equivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau.

Contudo, independente da concepção que se adote, é pacífico na doutrina que a Constituição do povo, incorpora o momento histórico em que se situa, podendo-se afirmar que existe ou deve existir uma certa sintonia com realidade social do período em que a Constituição é instituída.

Um texto normativo que não possui sintonia com a realidade social está fadado a tornar-se um conjunto de recomendações desprovidas de sentido, o que seria um eminente risco a estabilidade da norma e da Constituição, por outro lado uma Constituição incapaz de ser permanente torna-se incapaz de amparar os Direitos e Garantias fundamentais.

Para se obter o equilíbrio entre permanência e estabilidade deve-se alcançar a harmonia pretendida entre texto normativo e realidade social, desta forma faz-se necessário que a Constituição esteja em constantes modificações, essas mudanças garantem a preservação e a estabilidade do texto constitucional.

Thomas Jefferson, *apud* Lucia Amaral (2006, p. 167) já sustentava que a Constituição deveria ser modificada por cada geração, garantindo-se assim a não vinculação do presente pelo passado, pois tais vínculos seriam limitações antidemocráticas. Não se podendo pretender que o texto normativo seja eterno, mas que possua estabilidade, sem se tornar uma verdadeira lei perpétua para as próximas gerações.

Nos dizeres Queiroz (2009, p. 159) “a constituição não vive exclusivamente num estado de quietude. Vive a sua época e está exposta às ideias que nela actuam.” Observa-se portanto, a ideia de dinamicidade em que a Constituição está exposta, não podendo a conceber-la como um texto petrificado.

A garantia da permanência da Constituição exige sua mutabilidade. Assim assevera Silva (2002, p. 280):

a modificabilidade da Constituição constitui mesmo uma garantia de sua permanência e durabilidade, na medida em que é um mecanismo de articulação da continuidade jurídica do Estado e um instrumento de adequação entre a realidade jurídica e a realidade política, realizando, assim, a síntese dialética entre a tensão contraditória dessas realidades.

O poder Constituinte originário sendo uma força social, ou ainda, como um poder de fato que cria uma nova ordem jurídica, rompe com a ordem precedente, no intuito de se tornar um poder permanente. Em busca desta permanência, o constituinte originário preocupou-se em prever meios de reforma e revisão do texto normativo, essas mudanças previstas são denominadas formais.

Para Ferraz (1986, p. 59) as mudanças formais são realizadas por meio do Poder Constituinte derivado reformador, estabelecido pelo próprio poder originário, com a capacidade de modificar a Constituição, por meio de um procedimento específico, sem que, contudo haja uma ruptura com a ordem jurídica instituída.

O poder constituinte difuso é também um poder constituinte derivado, porém não inscrito no texto constitucional, segundo Bulos (1997, p. 196) é assim chamado porque não vem formalizado nas constituições e mesmo assim está presente na vida dos ordenamentos jurídicos.

Ainda, conforme Bulos (1997, p. 196) pode ser caracterizado como um poder de fato que decorre de fatores sociais, políticos e econômicos, se manifesta por meio das mutações constitucionais, ou seja, opera-se uma mudança informal na constituição, pois o que verdadeiramente muda é o sentido da norma, mantendo-se intacto o texto normativo.

De acordo com Silva (2002, p. 285) pode-se aceitar como fundamentos das mutações constitucionais o denominado poder constituinte difuso, vez que são fenômenos periféricos aos meios formais de alteração da norma, sobre o assunto descreve que:

Tais alterações constitucionais, operadas fora das modalidades organizadas de exercícios do poder constituinte instituído ou derivado, justificam-se e têm fundamento jurídico: são, em realidade, obra ou manifestação de uma espécie inorganizada do poder constituinte, o chamado poder constituinte difuso. Destina-se a função constituinte difusa a completar a Constituição, a preencher vazios constitucionais, a continuar a obra do constituinte. Decorre diretamente da Constituição, isto é, o seu fundamento flui da Lei Fundamental, ainda que implicitamente, e de modo difuso e inorganizado.

Em suma, a manifestação exercida pelo poder constituinte difuso dá origem a denominada mutação constitucional, essa decorre da integração no interior da norma constitucional, de dois elementos interdependentes: o normativo e o fático. Müller (2000, p. 53) já apontava a distinção entre programa normativo (texto) e norma como o resultado da compreensão do interprete, ou seja, o texto mais a sua interpretação.

1.3 RIGIDEZ E FLEXIBILIDADE DAS CONSTITUIÇÕES

Partindo da ideia de que as Constituições são passíveis de alteração, o que se pretende é que o poder constituinte seja infindo e não o próprio texto constitucional. Pretende o constitucionalismo moderno que a Constituição seja permanente, porém não perpétua. Esclarece sobre o tema Silva (2002, p. 42):

A estabilidade das constituições não deve ser absoluta, não pode significar imutabilidade. Não há constituição imutável diante da realidade social cambiante, pois não é ela apenas um instrumento de ordem, mas deverá sê-lo, também de progresso social. Deve-se assegurar certa estabilidade constitucional, certa permanência e durabilidade das instituições, mas sem prejuízo da constante, tanto quanto possível, perfeita adaptação das constituições às exigências do progresso, da evolução e do bem-estar social. A rigidez relativa constitui técnica capaz de atender a ambas as exigências, permitindo emendas, reformas e revisões, para adaptar as normas constitucionais às novas necessidades sociais, mas impondo processo especial e mais difícil para essas modificações formais, que admitido para alteração da legislação ordinária.

O Constitucionalismo moderno, busca a permanência da constituição, que deve ser feita para durar, no entanto, essa permanência e estabilidade que se busca só poderá ser alcançada se a Constituição estiver em sintonia com a realidade e com os anseios da nação que rege, do contrario se torna uma simples folha de papel, tal como dito por Lassale (2002, p. 84). Nesse sentido assevera Horta.(2002, p. 99-100):

O acatamento à Constituição, para assegurar sua permanência, não se resolve exclusivamente no mundo das normas jurídicas, que modela e conduz à supremacia da Constituição. O acatamento à Constituição ultrapassa a imperatividade jurídica de seu comando supremo. Deccore, também, da adesão À Constituição, que se espraia na alma coletiva da Nação, gerando formas difusas de obediência constitucional. É o domínio do sentimento constitucional.

Nesta senda, tendo em vista a alterabilidade do texto constitucional, as constituições são classificadas como rígidas ou flexíveis, esta classificação foi desenvolvida por Bryce (1962, p. 48), tomando como critério diferenciador o processo de alteração formal do texto constitucional, sendo mais dificultoso esse processo, classifica-se a Constituição como rígida, e na medida em que o processo de modificação se assemelha com a das modificações legislativas tem-se a Constituição denominada flexível.

A permanência do texto constitucional não se vincula a sua rigidez ou flexibilidade, podendo muitas vezes uma Constituição ser flexível e ao mesmo tempo mais estável que uma Constituição rígida, sustenta Sampaio (1994, p. 62):

Uma sociedade tradicionalista, de esclarecido tato político e sendo da medida, prescindirá dos freios jurídicos para a reforma constitucional, porque estes serão compensados pela existência de outros elementos estabilizadores. Num povo sem tais virtudes, há, porém, necessidade de mecanismo mais complexo para a reforma constitucional.

A rigidez da Constituição tem por objetivo assegurar a supremacia do texto constitucional, de forma que o legislador esteja sujeito aos limites constitucionais, não estando a Constituição sujeita a manipulações impostas pelo legislador. No Brasil, com exceção à Constituição de 1824, todas as demais são classificadas como rígidas. Na Constituição de 1988, sua rigidez pode ser extraída do artigo 60, vejamos:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
 I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
 II - do Presidente da República;
 III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.
 § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.
 § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.
 § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.
 § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
 I - a forma federativa de Estado;
 II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
 III - a separação dos Poderes;
 IV - os direitos e garantias individuais.
 § 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa. (BRASIL, 1988, s.p)

Importante salientar, que para a votação de leis ordinárias e leis complementares, o artigo 65 da Constituição Federal requer apenas quórum de maioria simples ou de maioria absoluta, respectivamente, não se vislumbrando a mesma rigidez como a exigida pra alteração do texto constitucional.

1.4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

De acordo com Barroso (2002, p. 219) a realização do Controle de Constitucionalidade tem como principais finalidades a observância de duas premissas basilares, sendo a primeira a supremacia da Constituição, uma vez que esta no ápice do ordenamento jurídico, ocupando posição superior as demais leis e servindo de parâmetro para a validade das leis hierarquicamente inferiores. Já segunda premissa esta na rigidez da Constituição, de modo que seu processo de

formação ou alteração é mais árduo e dificultoso que das demais leis.

Os atos normativos estatais preservam desde a sua origem a presunção de constitucionalidade, o controle visa aferir a adequação do ato normativo em face da Constituição, que ocupa o grau mais alto do escalonamento jurídico idealizado por Kelsen (2000, p. 42), servindo como norma de validade para as demais normas. O controle trata-se, portanto, de uma complementação ao princípio da supremacia, buscando manter-se a unidade da Constituição.

Dispõe Silva (1992, p. 49) acerca do princípio da supremacia da Constituição:

Desse princípio, resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a Constituição. As questões que não forem compatíveis com ela são invalidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores.

No Brasil, o controle de constitucionalidade é realizado tipicamente pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, via de regra é jurisdicional, muito embora, exista também o controle de constitucionalidade político, realizado pelo poder executivo e o poder legislativo, trata-se de atividade atípica desses poderes.

Quanto aos efeitos preleciona Barroso (2011, p. 236), dependerá do sistema adotado, podendo ser o sistema austríaco ou o sistema norte-americano. No Sistema austríaco, inspirado em Kelsen, tem-se a teoria da anulabilidade, neste sistema a decisão que reconheça a inconstitucionalidade é aferida do plano da eficácia, logo, possui efeitos *ex nunc*.

No Sistema norte-americano, aplica-se a teoria da nulidade, assim, declarando-se a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, entende-se que ela nunca existiu, e por isso nunca produziu efeitos, pois a nulidade esta afeta ao plano da validade, seus efeitos serão *ex tunc*.

A doutrina pátria é majoritária ao adotar o Sistema norte-americano, desta forma a decisão de inconstitucionalidade tem eficácia declaratória, segundo Cappelletti (1999, p.115-116):

A lei inconstitucional, porque contrária a uma norma superior, é considerada absolutamente nula (null and void) e, por isso, ineficaz, pelo que o juiz, que exerce o poder de controle, não anula, mas, meramente, declara (preexistente) nulidade de lei inconstitucional.

O controle jurisdicional exercido pelo poder judiciário se dá através do Controle Concentrado ou através do Controle Difuso. No Brasil adota-se o sistema jurisdicional misto, sendo o controle realizado tanto pelo tribunal quanto por qualquer juiz em primeira instância.

Teorizado por Kelsen (2000, s.p) o Controle Concentrado de constitucionalidade, tem sua origem na Constituição da Áustria, nos idos de 1920. Recebendo esse nome por ser um controle em abstrato, realizado pela via principal, ou seja, diferente do controle difuso, aqui não existe um caso concreto, sua finalidade precípua a própria invalidade de lei ou ato normativo inconstitucional a fim de garantir a segurança jurídica.

Outro ponto relevante é a criação de um tribunal, com poderes de invalidar normas criadas pelo poder legislativo, na prática tem-se a atuação de um legislador negativo. Nos dizeres de Moraes (2002, p. 22):

A Constituição da Austríaca criou, de forma inédita, um tribunal- Tribunal Constitucional- com exclusividade para o exercício do controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos, em oposição ao sistema adotado pelos Estados Unidos, pois não se pretendia a resolução de casos concretos, mas a anulação genérica da lei ou ato normativo incompatível com as normas constitucionais.

No Brasil, conforme Ferreira Filho (2006, p. 289) desde a primeira Constituição republicana de 1891 o sistema adotado foi o difuso, norte-americano. Somente com a Constituição de 1934 é que se passa a visualizar algumas mudanças quanto ao sistema de controle, sendo, por exemplo, estabelecido a cláusula de reserva de plenário e a incumbência ao Senado Federal de suspender, total ou parcialmente, norma declarada inconstitucional pelo poder judiciário.

Na Constituição de 1946 o sistema de controle ainda é predominantemente difuso, porém em 1965, com a emenda constitucional nº 16, incumbe-se exclusivamente ao Procurador-Geral da República a legitimidade para propor perante o judiciário a representação de inconstitucionalidade. Dissertando sobre o assunto, esclarece Mendes (2000, p.15):

O monopólio de ação outorgado ao Procurador da República no sistema constitucional de 1967/69 não provocou uma alteração profunda no modelo incidente ou difuso então existente. Este continuou predominantemente, integrando-se a representação de inconstitucionalidade a ele como um elemento ancilar, que contribuía muito pouco para diferenciá-lo dos demais sistemas “difusos” ou “incidentes” de controle de constitucionalidade, é certo que o forte acento residia, ainda, no amplo e dominante sistema difuso de

controle, resultando o controle direto em algo incidental e episódico dentro do sistema difuso.

Com a Constituição de 1988 o Controle concentrado de constitucionalidade é acatado de maneira incisiva, sendo previsto no artigo 103 da Constituição Federal o rol de legitimados para a propositura das ações autônomas, ações essas que também são ampliadas e aperfeiçoadas, estando previstas no artigo 102 da Constituição, quais sejam: ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de inconstitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Segundo Ferreira Filho (2006, p. 326) o Controle difuso de constitucionalidade, tem sua origem em 1803, fruto da jurisprudência da Suprema Corte Americana no famoso caso *Marbur v. Madison*, em que o juiz Jhon Marshall em sua decisão afirmou que a Constituição, por ser norma fundamental, deveria prevalecer e assim todos os órgãos judiciais deveriam, obrigatoriamente, em suas decisões estar em consonância com a mesma, tratando-se do princípio da supremacia da Constituição.

Este controle é exercido diante de caso concreto, ou seja, diante de situações fáticas, sendo também conhecido como controle aberto, controle incidental ou descentralizado. Podendo ser exercido em qualquer ação incidentalmente, por qualquer órgão em seu ofício julgante, tendo assim como escopo primário tutelar direitos subjetivos e secundariamente tutelar a ordem constitucional, sendo a ordem constitucional objetiva uma questão prejudicial face a ação principal.

Desta feita, a decisão oriunda tem efeito intrapartes, não fazendo parte do dispositivo a controvérsia constitucional, essa integrará apenas a fundamentação, em conformidade com Peña Moraes (2010, p. 172):

A declaração incidental de inconstitucionalidade não é revestida pela autoridade da coisa julgada material, pois a imutabilidade do conteúdo do pronunciamento jurisdicional contra o qual não é cabível nenhum recurso é objetivamente limitado à questão principal, não sendo alcançada a questão prejudicial consistente na constitucionalidade da norma sujeita ao controle de constitucionalidade concreto, podendo a questão constitucional ser rediscutida em outro processo.

Novelino (2012, p. 167) dissertando sobre os efeitos esclarece que como a controvérsia constitucional é posta incidentalmente na ação principal, não é possível declarar a inconstitucionalidade do dispositivo por essa via, podendo seu reconhecimento de inconstitucionalidade apenas afastar sua incidência no caso

concreto, sendo este o aspecto subjetivo dos efeitos do controle difuso.

Quanto ao aspecto temporal, é pacífico na doutrina tradicional, que seus efeitos são retroativos, ou seja, *ex tunc*, pois a norma reconhecidamente inconstitucional é nula e portanto, os efeitos dela oriundos deste à data da edição da norma também são nulos.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, sob o argumento da segurança jurídica vem permitindo uma modulação dos efeitos temporais do reconhecimento da inconstitucionalidade da norma, possibilitando a manipulação desses efeitos, de forma que podem ser fixado para o futuro. No julgamento do RE 628043 RJ, relator Ministro Joaquim Barbosa, podemos extrair o seguinte (BRASIL, 2010, s.p):

Em princípio, a técnica da modulação temporal dos efeitos da decisão reserva-se ao controle de concentrado de constitucionalidade, em face de disposição legal expressa. Não obstante, e embora em pelo menos duas oportunidades o Supremo Tribunal Federal tenha aplicado a técnica da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade das leis, é imperioso ter presente que a Corte o fez em situações extremas, caracterizadas inequivocamente pelo risco à segurança jurídica ou ao interesse social.

A legitimidade para propositura deste tipo de controle é ampla, uma vez que poderá incidir no bojo de qualquer ação, o que torna esta via a mais acessível e prática para o demandante da ação, podendo inclusive ser suscitado ex officio pelo Ministério Público.

Diante da suscitação de inconstitucionalidade de um determinado dispositivo constitucional, caberá ao exegeta a missão de se posicionar quanto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade após realizar uma interpretação da norma.

Sendo no campo da interpretação, principalmente a realizada no controle de constitucionalidade pela via difusa, que ao longo do tempo, atribuem-se novos sentidos a uma mesma norma, sem que esta tenha sofrido qualquer modificação lexical. Esse interessante fenômeno vêm despertando a curiosidade de juristas e estudiosos do direito desde o século XVIII, sendo denominado mutação constitucional.

2 O FENÔMENO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A alteração de textos constitucionais sem que haja uma reforma formal denomina-se Mutação Constitucional. Trata-se de acordo com Bulos (2014, p. 232) da manifestação do poder constituinte difuso, e portando, possuem as mesmas características atinentes ao poder constituinte difuso, sendo um fenômeno latente, permanente, informal e contínuo.

O fenômeno da mutação constitucional justifica-se pela busca em compatibilizar o texto da Constituição com realidade social, jurídica e econômica do Estado, sem que, contudo haja uma alteração formal, prescindindo-se das formalidades impostas pela rigidez das Constituições.

A unicidade das terminologias utilizadas para cognominar o fenômeno das mudanças constitucionais informais são inexistentes, podendo ser utilizados os seguintes termos, conforme preleciona Bulos (2014, p. 436):

Vicissitude Constitucional tácita, mudança constitucional silenciosa, transições constitucionais, processos de fato, mudança material, processos indiretos, processos não formais, processos informais, processos oblíquos são denominações convenientes, pois expressam o conteúdo dos meios difusos de modificação constitucional. (grifo do autor)

Segundo Ferraz (1986, p. 74) os primeiros estudos acerca do tema remonta ao direito alemão no século XIX, sendo o país cenário para o desenvolvimento da teoria que ao longo dos anos, aprimorou-se, vindo a culminar no conceito, limites e aplicabilidade que conhecemos nos dias atuais.

Deixando de ser vista com um problema, de viés iminentemente político, interferindo no jurídico e passando a ser o mecanismo de atualização da norma, imprescindível nos dias atuais.

Para se chegar ao atual estágio a teoria surge inicialmente formalista, passando por uma corrente teórica dinâmica e chegando a teoria da integração. Passamos ao estudo destas teorias.

2.1 A ORIGEM DA TEORIA NO DIREITO GERMÂNICO

Segundo Urrutia (2000, s.p) o termo “Mutação Constitucional” foi pioneiramente utilizado pela Escola Alemã de Direito Público, fundada por Gerber y Gierke, iniciando a tradição científica na Alemanha e que posteriormente teria a contribuição dos juristas Paul Laband e Georg Jellinek.

Esta escola desde o final do século XIX vinha estudando o que considerava ser um problema, as alterações informais dos textos constitucionais, em que se altera o sentido da Constituição sem que haja qualquer alteração na expressão escrita do termo.

Ainda em conformidade com Urrutia (2000, s.p) em 1871 o fenômeno da mutação constitucional passou a ser estudo sob a égide do regime da Constituição Alemã, que enfrentava sérios obstáculos em compatibiliza-se com o sistema geral do “Reich”, apresentava dificuldades principalmente quanto à sua forma e força vinculante.

Essas dificuldades surgem da unificação de diferentes Estados, que buscavam a formação do império alemão, sendo composto por membros muito diferentes, o que intrincava a compreensão de termos tidos como essenciais desta Constituição.

É nesse cenário que a Escola Alemã passa a apontar que por ação Estatal a Constituição do Reich passava a sofrer alterações em seu sentido, sem que houvesse qualquer alteração em seu texto escrito, e esse mecanismo de mudança informal a escola passa a denominar como mutação.

Paul Laband, integrante da escola alemã de direito público não criou uma teoria a cerca da mutação constitucional, porém advertiu sobre esse fenômeno em sua obra publicada em 1895, intitulada “Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung” (Mutações da Constituição Alemã), conforme preleciona Bulos (1996, p. 167).

Embora Laband defendesse uma visão normativista do texto constitucional, sendo sua teoria considerada formalista, por repudiar qualquer contato entre direito e política, o jurista advertiu sobre a possibilidade das ações do Estado modificarem informalmente a Constituição.

Urrutia (2000, s.p) menciona que Laband apontava três possíveis vias para a concretização da mutação constitucional: A primeira seria através da regulação

pelas leis dos elementos centrais do Estado, não previstos ou previstos de maneira colateral pela constituição. A segunda forma seria por meio de leis que modificavam os elementos centrais do Estado em contradição com o texto da Constituição e a terceira forma seria pelos usos e costumes dos poderes públicos que modificavam elementos centrais do Estado.

Ainda dissertando sobre a teoria de Laband, Bulos (1996, p. 153) adverte que o posicionamento adotado por Laband, em sua teoria formalista, seria alguns anos mais tarde criticado severamente pela doutrina alemã, entendendo que a mutação constitucional serviria apenas como instrumento de justificativa para legitimar a contradição estatal face a força normativa da Constituição.

A tese da mutação constitucional advertida por Laband, só foi desenvolvida alguns anos mais tarde por Jellineck (1991, s.p), no entanto, em que pese o brilhantismo de sua tese, o contexto histórico em que se insere a obra de Jellineck, só se conhecia o modelo de controle de constitucionalidade estadunidense, ainda não se tinha solidificada a ideia de supremacia da Constituição, vez que o conceito de constituição não era o mesmo adotado hodiernamente.

O critério adotado por Jellineck (1991, p. 07) para diferenciação da reforma da mutação constitucional baseava-se na intencionalidade, sendo a reforma fruto de ações voluntárias e intencionais, enquanto a mutação era produzida por fatos não intencionais. Nas palavras do autor:

Por Mutação Constitucional entendo a modificação dos textos constitucionais produzida por ações voluntárias e intencionadas. E por mutação da Constituição, entendo a modificação que deixa intacto seu texto, sem mudá-lo formalmente, produzida por fatos que não tem que ser acompanhados pela intenção, ou consciência, de tal mutação. Não é preciso dizer que a doutrina das mutações é muito mais interessante que a das reformas constitucionais.

Jellineck (1991, s.p), embora oriundo de uma corrente formalista, diferentemente de Laband, não repudiava a ideia de correlação entre o direito e as demais áreas, tais como a política, a sociologia e a economia. Sendo sua teoria muito influenciada pela obra de Lassale, que conceitua Constituição como a somatória dos fatores reais de poder.

Assim, Jellineck (1991, p. 63) concluiu que as mutações constitucionais se firmavam sobre a força normativa do fático, considerando está uma força inevitável, um fenômeno natural não poderia ser evitado pela via formal. Segundo o autor (1991, p. 64):

Uma Coisa é indubitável: que as constituições escritas não podem evitar que se desenvolva junto a elas e contra elas um direito constitucional não escrito; de sorte que mesmo nestes Estados, junto aos princípios constitucionais puramente formais nascem outros de índole material.

Apontando para a concretização da mutação constitucional, Jelineck (1991, p. 53) menciona possibilidade de realização pelas seguintes vias: i) os atos normativos; ii) a interpretação; iii) a prática parlamentar, administrativa e jurisdicional, a necessidade política, iv) o desuso, as lacunas e integração, os usos e costumes, como vias para a realização de mutações constitucionais.

É também a brilhante tese de Jelineck (1991, s.p) que relaciona o fenômeno da mutação constitucional à atividade interpretativa do poder judiciário, apontando que diante de omissões constitucionais o exegeta acaba por realizar interpretações que são verdadeiras mutações constitucionais.

Em suma, as teorias formalistas sobre o tema mutação constitucional, indicada primeiramente por Laband e depois desenvolvida por Jelineck não prosperaram, embora tenha significado grande avanço sobre o tema. O ponto mais sensível e frágil na tese de Jelineck encontra-se na afirmação do autor (1991, p. 49) de que a Constituição se curva à força normativa do fato, acreditando na existência da superioridade do fato sob a norma, o que neste tocante acaba por configurar o que aparenta ser o fenômeno da mutação constitucional num verdadeiro fenômeno de quebra ou ruptura da constituição.

Após a derrota da Alemanha na Primeira Guerra Mundial, o país se viu assolado socialmente, vindo a emergir numa crise política e econômica que culminou com a transformação do império em uma República. Segundo Urrutia (2000, s.p) é durante a República de Weimar que se desenvolveu um sistemático conceito de mutação constitucional, conforme Pedron (2012, p. 112):

Diante da “crise” na Teoria do Estado que assolará o período de Weimar, os defensores de uma postura não formalista acabaram por abraçar a defesa de um critério de legitimação do Estado e da Constituição a partir de um referencial externo ao próprio universo jurídico; isto é, a tentativa de identificação e de observância dos valores presentes na cultura de uma dada sociedade fornecerá o parâmetro para a legitimidade de uma mutação constitucional.

Neste contexto, o jurista chinês Hsü Dau-Lin (1998, p. 178) em sua tese integralista, considerada contrária a teoria formalista, afirma que o direito constitucional e realidade social estão interligados. Assim, observa-se que sua teoria

tem por base a contradição existente entre normas jurídicas escritas e situação jurídica real, partindo desse ponto sua teoria sistematiza pela primeira vez o conceito de mutação constitucional e os meios que possibilitam essas mutações sejam geradas, concluindo que esse fenômeno ocorre, nas constituições rígidas, em razão da incongruência dos elementos Constituição escrita e realidade. Em conformidade com Dau-Lin (1998, p. 176):

Para dar um conceito que corresponda aos diferentes casos geralmente designados por “mutação constitucional”, quiçá poderia se dizer se trata da incongruência que existe entre as normas constitucionais, por um lado, e a realidade constitucional, por outro.

Para Dau-Lin (1998, p. 179-180) os mecanismos que possibilitam a mutação constitucional podem ser divididos em quatro categorias, sendo elas: A mutação pela prática estatal que não viole formalmente a Constituição; A mutação em razão da impossibilidade de exercício de determinadas atribuições previstas na Constituição; A mutação devido à prática constitucional contrária à constituição; A mutação constitucional mediante interpretação da constituição.

Na primeira categoria, na mutação pela prática estatal que não vulnere formalmente a Constituição, existe a observância dos preceitos constitucionais, entretanto surgem situações fáticas não previstas pela Constituição, de acordo com Dau-Lin (1998, p. 184) a tensão existente que se observa se dá entre a situação real e a situação jurídica.

A segunda categoria trata da mutação em razão da impossibilidade de exercício de determinadas atribuições prevista na Constituição, tendo-se a existência de uma norma que não possui uma situação fática correspondente, o que resulta em uma impossibilidade de exercer direitos previstos normativamente.

Na terceira categoria a mutação devido à prática constitucional contrária à constituição, tem-se a existência de uma realidade que contradiz a norma, a qual resulta inconstitucional, segundo Dau-Lin (1998, p. 39) :

Uma mutação da Constituição pode dar-se mediante uma prática constitucional que contradiga claramente o preceito da Constituição, seja pela chamada reforma material da Constituição, seja pela legislação ordinária, seja pelos regramentos dos órgãos estatais superiores ou por sua prática efetiva. A situação de tensão é clara aqui, porque a contradição entre o *Sein* (ser) e o dever ser (*Sollen*) é equivocada.

Na quarta e última categoria, a mutação constitucional mediante interpretação da constituição, de acordo com Jelineck (1998, p. 38) caracteriza-se pela existência de uma realidade que gradativamente escapa à norma, sobrepondo-a por meio da interpretação e desconsiderando o sentido que o constituinte poderia ter originalmente pretendido. Infere-se dessa forma de manifestação o dinamismo das relações social, em que um preceito constitucional aplicável em um dado momento pode não o ser mais posteriormente.

Urrutia (2000, s.p) menciona que em 1949 sob a égide da Lei Fundamental de Bonn, os autores Konrad Hesse e Friedrich Müller iniciam a construção da tese que descreve a mutação constitucional como uma mudança no interior da norma, tratando-se de uma vinculação entre realidade e norma jurídica, no entanto essa tese não vislumbra a mutação constitucional como resultado de processos externos à norma constitucional e sim a processo de modificação que ocorre dentro da própria norma.

A tese de elaborada por Hesse (1992, p. 59) destoa das anteriormente concebidas pelos autores formalistas, tendo com principal fator diferenciador a constatação de que as modificações da realidade são fenômenos inerentes ao direito constitucional e não externas como apregoava as teorias anteriores. Desta feita, conclui que a mutação constitucional é o resultado de uma modificação jurídica operada no interior da própria norma constitucional.

Analisando a nova Constituição Alemã, Hesse (1998, p. 114) se preocupa em esclarecer que a realidade social tem grande influência no conteúdo das normas constitucionais, devendo estas compatibiliza-se com a realidade, para evitar o que denominou de petrificação.

No mesmo sentido que assevera Pedron (2012, p. 131):

A Constituição só pode cumprir suas tarefas onde consiga sob mudanças circunstâncias, preservar sua força normativa, isto é, onde consiga garantir sua continuidade sem prejuízo das transformações históricas, o que pressupõe a conservação de sua identidade. Partindo disso, nem a Constituição como um todo nem suas normas concretas podem ser concebidas como letra morta, como algo estático e rígido; precisamente sua continuidade pode chegar a depender da forma em que se encare a mudança.

Outro fator que leva ao distanciamento da teoria de Hesse (1991. s.p) com as teorias anteriores se deve ao apontamento dos limites à mutação constitucional, não mencionado pelas teorias que o precederam. Aduz ainda da tese elaborada por

Hesse que a mutação constitucional esta ligada a natureza aberta das normas constitucionais, que exige certo grau de interpretativo pelos tribunais constitucionais para realização no plano concreto.

2.2 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

É a partir da década de 1980 que a doutrina brasileira passa a mencionar com maior destaque o fenômeno da mutação constitucional, pioneiramente Ferraz em sua monografia se debruça a um estudo minucioso, vindo produzir o seguinte conceito de mutação constitucional, Ferraz (1986, p. 09):

A mutação constitucional consiste na alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas.

No Brasil, constata Barroso (2009, p. 168) que o conceito de mutação constitucional por interpretação judicial está vinculado basicamente ao exercício do controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal pela via do controle difuso.

Historicamente, a doutrina baseando-se na obra de Ferraz (1986, s.p) aponta como sendo o primeiro caso de mutação constitucional ocorrido no Brasil, a questão do voto feminino, posto que na Constituição de 1891 o artigo 70 previa que seriam eleitores os cidadãos maiores de vinte um anos, excluindo, expressamente os mendigos, analfabetos, praças, religiosos e os inelegíveis.

No entanto, embora a Constituição de 1891 fosse silente quanto à questão, com a edição do código eleitoral de 1932, que consagrava o voto feminino houve dúvidas a cerca de sua constitucionalidade, ao enfrentar a matéria o supremo tribunal federal realizou uma interpretação constitucional legislativa, firmando o entendimento da constitucionalidade do Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, sem que houvesse qualquer alteração formal no texto constitucional.

Assim, no direito brasileiro pode-se observar uma grande proximidade entre o

fenômeno da mutação constitucional e interpretação jurisdicional da constituição, nos dizeres de Ferraz (1986, p. 56-57):

Sempre que se atribui à Constituição sentido novo; quando, na aplicação, a norma constitucional tem caráter mais abrangente, alcançando situações dantes não contempladas por elas ou comportamentos ou fatos não considerados anteriormente disciplinados por ela; sempre que, ao significado da norma constitucional, se atribui novo conteúdo, em todas essas situações se está diante do fenômeno da mutação constitucional. Se essa mudança de sentido, alteração de significado, maior abrangência da norma constitucional são produzidas por via da interpretação constitucional, então se pode afirmar que a interpretação constitucional assumiu o papel de processo de mutação constitucional.

Outros renomados autores brasileiros se debruçaram ao estudo do tema, dentre eles desca-se Bulos (1997, p. 57) que conceitua o fenômeno da mutação constitucional como:

O processo informal de mudanças da constituição, por meio da qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da Lex Legum, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (construction), bem como dos usos e costumes constitucionais.

Tendo em vista que conforme aludido, o mecanismo de manifestação da mutação constitucional no direito brasileiro se dá primordialmente por meio das interpretações judiciais, existe a necessidade de obsevarção dos limites e a da legitimidade desse fenômeno, temas estudados por grandes constitucionalistas, inclusives ministros do Supremo Tribunal Federal, tais como Gilmar Mendes (2009, s.p) e Luís Roberto Barroso (2009, s.p). Este assunto passará a ser objeto de estudo neste trabalho em capítulo subsequentes.

2.3 INTERPRETAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL

Inspirado em Müller (2010, p. 84) modernamente o conceito de interpretação constitucional se traduz na ideia de concretização. Entretanto, no processo de concretização a primeira etapa a ser concluída ainda é a interpretação.

Para Müller (2010, p. 126) “a concretização transcende tanto a compreensão (no sentido da hermenêutica) quanto à interpretação (como aplicação, subsunção silogística ou inferência, no sentido positivista ou antipositivista)”.

Em conformidade com Hesse (1998, s.p) a interpretação constitucional pode

ser traduzida como a concretização da Constituição. Assim, diante de uma norma de sentido aberto o intérprete deverá buscar seu verdadeiro sentido, partindo de uma incorporação da realidade social ao ordenamento jurídico.

Para o autor trata-se de uma atividade com caráter iminentemente criativo, pois o conteúdo da norma interpretada, somente estará completo com a atividade interpretativa. Preleciona, Hesse (1992, p. 41-42):

A interpretação constitucional é “concretização” (Konkretisierung). Precisamente o que não aparece de forma clara como conteúdo da Constituição é o que deve ser determinado mediante a incorporação da “realidade” de cuja ordenação se trata. Neste sentido a interpretação constitucional tem caráter criativo: o conteúdo da norma interpretada só fica completo com a sua interpretação; no entanto, só nesse sentido possui caráter criativo: a atividade interpretativa fica vinculada à norma.

A interpretação da Constituição, de acordo com Canotilho (2002, p. 1184) consiste na busca pelo direito contido nas normas constitucionais. Traduzindo-se na necessidade de que para atribuir um determinado significado a uma norma, primariamente deve-se investigar e interpretar esta norma, observando-a não apenas isoladamente, mas como parte integrante de um ordenamento jurídico unitário. Descrevendo a atividade interpretativa, anuncia Canotilho (2002, p. 1184):

Interpretar uma norma constitucional consiste em atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na Constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos normativo-constitucionalmente fundada. Sugerem-se aqui três dimensões importantes da interpretação da Constituição: (1) interpretar a Constituição significa procurar o direito contido nas normas constitucionais; (2) investigar o direito contido na lei constitucional implica uma Actividade – atividade complexa- que se traduz fundamentalmente na “adscrição” de um significado a um enunciado ou disposição linguística (“texto da norma”); (3) o produto do acto de interpretar é o significado atribuído.

Discorrendo acerca da concretização Canotilho (2002, p. 1185) esclarece que se trata de um processo que partindo do texto da norma, ou seja, do seu enunciado, busca-se alcançar uma norma concreta, ou seja, a norma jurídica, sendo o resultado deste processo, a solução dos casos jurídicos-constitucionais, alcançando-se assim, o resultado concretização. Prossegue o autor (2002, p. 1185):

Concretizar a Constituição traduz-se, fundamentalmente, no processo de densificação de regras e princípios constitucionais. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do texto da norma (do seu enunciado) para uma norma concreta – norma jurídica- que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da norma de decisão para a solução dos casos jurídicos-constitucionais teremos o resultado final da concretização. Esta “concretização normativa é, pois, um trabalho técnico-jurídico; No fundo, o lado “técnico” do

processamento estruturante da normatividade. A concretização, como se vê, não é igual à interpretação do texto da norma; é, sim a construção de uma norma jurídica.

De acordo com Hesse (1998, p.49), é durante o processo de concretização, ou seja, é durante a função interpretativa do conteúdo da norma constitucional que prospera o fenômeno da mutação constitucional, pois se tem uma atividade interpretativa permanente, na busca de solucionar casos concretos, tendo em vista o dinamismo das relações sociais, jamais se lograria êxito a concretização constitucional, se a norma, enrijecida, não pudesse atender a necessidade do caso concreto. Desta feita, Hesse (1998, p. 50-51):

A concretização do conteúdo de uma norma constitucional e sua realização, por conseguinte, somente possíveis com o emprego das condições da “realidade”, que essa norma está determinada a ordenar. As particularidades, muitas vezes, já moldadas juridicamente, dessas condições formam o “âmbito da norma” que, da totalidade das realidades afetadas por uma prescrição, do mundo social, é destacado pela ordem, sobretudo expressada no texto da norma, o “programa da norma”, como parte integrante do tipo normativo. Como essas particularidades, e com elas o “âmbito da norma”, estão sujeitas às alterações históricas, podem os resultados da concretização da norma modifica-se, embora o texto da norma (e, como isso, no essencial, o “programa da norma”) fique idêntico. Disso resulta uma “mutação constitucional” permanente, mais ou menos considerável, que não se deixa compreender facilmente e, por causa disso, raramente fica clara.

Importante lembrar que uma das principais buscas do atual estado de direito constitucional, além da concretização da Constituição, propiciando a efetiva proteção dos direitos e garantias fundamentais, tem-se ainda com primazia a busca pela segurança jurídica.

E partindo do princípio da segurança jurídica, mister se faz o estabelecimento de critérios racionais que possam viabilizar a concretização constitucional, por meio de uma interpretação que não ultrapasse os limites legítimos, chegando ao arbítrio.

Para tanto, Kelsen (2001, p. 395) advertia que o direito deveria ser aplicado como num quadro, em que os limites da interpretação se davam pela moldura deste quadro, assevera Kelsen (2011, p. 396) sobre o assunto que:

A interpretação jurídico-científico tem de evitar, com máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação ‘correta’. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente.

Neste prisma, conclui-se que por vezes na busca pela concretização da norma, pode o intérprete valer-se das infinitas possibilidades de adequação do jurídico ao caso concreto, contudo, uma interpretação da norma constitucional somente irá atingir suas finalidades quando exercida dentro dos limites, ou da modura, como denomina Kelsen. Esta deve ser premissa fundamental da interpretação judicial.

2.4 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL POR INTERPRETAÇÃO JUDICIAL

O Brasil adota um sistema de controle concentrado e difuso, sendo o Supremo Tribunal Federal em sua função jurisdicional o responsável por realizar a interpretação judicial que culmina na validade ou invalidade de uma norma, declarando-se sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

Por via da interpretação judicial poderá ocorrer o fenômeno da mutação constitucional, de acordo com Barroso (2009, p. 127) quando este órgão vir a atribuir um novo significado diferente do que vinha atribuindo anteriormente, em razão de mudança na realidade social ou por uma nova interpretação do direito.

Conforme Barroso, (2009, p. 130): “A mutação constitucional em razão de uma nova percepção do Direito ocorrerá quando se alterarem os valores de uma determinada sociedade.” Bulos (1997, p. 93) traça uma diferenciação sobre o que seria interpretação, e o que seria construção, segundo o autor a interpretação se presta a encontrar o sentido das palavras, dos símbolos e da linguagem, enquanto a construção extrai as conclusões da própria linguagem, por meio de elementos já apresentados.

Diferentemente da construção, técnica característica da Suprema Corte norte-americana que cria o próprio direito para suprir as necessidades e imperfeições de sua constituição, a interpretação apenas atualiza a obra do poder constituinte. Bulos (1997, p. 133) aponta suas principais características:

- a) Obrigatoriedade- a interpretação constitucional judicial é obrigatória, porque o Magistrado não poderá furtar-se à missão de julgar litígios, no papel do controle de constitucionalidade das leis e, também, do controle de constitucionalidade da atuação do legislador ordinário, que interpreta de igual modo o Texto Maior, para elaborar as leis de aplicação constitucional;
- b) Primariedade- tal modalidade de interpretação ocorre por provocação, dada a máxima *nemo iudex sine actore*, implicando dizer que ela é realizada através do processo judicial; e c) Definitiva- essa característica é própria

das Cortes Constitucionais, que possuem autoridade final para decidir litígios, dando a última palavra sobre a matéria submetida a seu crivo.

Cristina Queiroz (2000, p. 116) em sua obra intitulada *Interpretação constitucional e poder judicial*, cuidou de esclarecer que a Constituição americana não ficou engessada, aderindo a evoluções sociais e políticas, por meio do processo de construção, em que a Corte norte-americana cria o direito, abrigando novos princípios que tendem a ampliar os direitos e garantias fundamentais sem que contudo realize-se qualquer modificação formal em seu texto.

Destoando da classificação aduzida por Bulos (1997, p. 93), Ferraz (1986, p. 129) descreve os termos interpretação judicial e construção judicial como espécies do gênero interpretação constitucional, não havendo assim o que se falar em diferenciação dos termos, distinguindo-se apenas quando aos fins alcançados e não quanto aos meios.

Ao conceituar mutação constitucional por interpretação constitucional assevera Ferraz (1986, p. 130):

Exsurge, nítido, o papel de mutação constitucional da interpretação judicial que, sem alterar a letra ou o espírito da norma constitucional, lhe dá novo significado ou alcance, para aplicando-a, torna-la o que se pretende que ela seja: um documento vivo e efetivamente cumprido.

Prossegue Ferraz (1986, p. 58-59) identificando as situações onde repousa o fenômeno da mutação constitucional pela via da interpretação judicial.

Mutação pela via interpretativa é claramente percebível numa das situações seguintes: a) quando há um alargamento do sentido do texto constitucional, aumentando-se-lhe, assim, a abrangência para que passe a alcançar novas realidades; b) quando imprime sentido determinado e concreto ao texto constitucional; c) quando se modifica interpretação anterior e se lhe imprime novo sentido, atendendo à evolução da realidade constitucional; d) quando há adaptação do texto constitucional à nova realidade social, não prevista no momento da elaboração da Constituição; e) quando há adaptação do texto constitucional para atender exigências do momento da aplicação da Constituição; f) quando se preenche, por via interpretativa, lacunas do texto constitucional.

De acordo com Ferraz (1986, p. 60), a mutação constitucional por interpretação judicial só pode ser convertida em fonte criadora de direito constitucional se o Supremo Tribunal Federal houver ratificado tal entendimento.

E ainda, se por meio da interpretação judicial o Supremo concluir por um entendimento diverso daquele adotado pelo órgão, uma vez que a corte poderá modificar seu entendimento, não estando adstrito a sua própria orientação

jurisprudencial, este deverá inclinar-se sob uma argumentação consistente de fundamento material, sob risco de incorrer no arbítrio, proibido em nosso ordenamento.

Esta mudança da orientação jurisprudencial, ou seja, a superação de um precedente, de acordo com Ferraz (1986, p. 219) é conhecida no sistema norte-americano como “*overruling*” e no Brasil só poderá ocorrer por meio do controle concentrado de constitucionalidade, e como dito, deverá imprescindivelmente vir acompanhada da fundamentação que levaram ao novo entendimento.

Nesse sentido, adverte Coelho (2007, p. 47):

Ninguém imagina dispensar-lhes da exigência de explicar aquelas razões, tampouco da obrigação de mostrar que esses argumentos sustentam a nova interpretação, tanto à vista do caso que se está a decidir quanto de casos novos, da mesma espécie, que venham a surgir no futuro.

Conforme Ferraz (1986, p. 221) a justificativa para exigência de uma fundamentação sólida e consistente a embasar a uma mudança jurisprudencial por meio da interpretação da constituição está atrelada à tentativa de se blindar as normas constitucionais do arbítrio do intérprete, ou de qualquer tentativa de vulneração. Posto que na interpretação do texto constitucional inúmeros fatores podem vir a exercer influências, tal como o caráter sintético e o caráter genérico. Também a existência de lacunas e obscuridade viabilizam a efetividade destas influências na atividade de interpretação da norma, o que pode macular o sentido constitucional da norma.

Para evitar esse malefícios Ferraz (1986, p. 224) aponta para os limites da mutação constitucional.

3 OS LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

3.1 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

A rigidez do texto constitucional é o principal instrumento de sua estabilidade, blindando o texto normativo de todo e qualquer pretensão de desvirtua-lo, tendo assim por principal finalidade a limitação do poder reformador. A estabilidade da constituição não se caracteriza por ausência de modificação de seu texto, segundo Ferraz (1986, p. 5):

A estabilidade, todavia, não significa imutabilidade. Bem ao contrário. A eficácia das Constituições repousa justamente na sua capacidade de enquadrar ou fixar, na ordem constitucional, as vontades e instituições menores que a sustentam.

A efetivação da estabilidade e da permanência do texto Constitucional, no entanto, depende não somente de sua rigidez, mas também da conformação entre o fático e o normativo, garantindo-se desta forma o princípio da supremacia da Constituição, pois a força normativa da Constituição para reger uma sociedade deve estar em consonância com a realidade social desta sociedade. Conforme preleciona Hesse (1991, p. 21-22):

Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa. Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (geistige Situation) de seu tempo. Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral. Afigura-se igualmente, indispensável que a Constituição mostre-se em condições de adaptar-se a uma eventual mudança dessas condicionantes.

Conforme Barroso (2009, p. 165) a Constituição pode ser conceituada como a lei conformadora da realidade social sob uma perspectiva sociológica. Já sob uma perspectiva jurídica pode-se conceituar a Constituição como a lei suprema de um Estado, podendo-se concluir que se trata de conceitos que se complementam na busca de garantir a força normativa da Constituição.

O fenômeno da mutação constitucional apresenta-se como um processo viabilizador da força normativa da Constituição, pois confere à norma um caráter

dinâmico, capaz de conformar a perspectiva jurídica e a perspectiva sociológica da Constituição, alcançando sua concretização no plano fático.

Impossível dissociar o fenômeno da mutação constitucional que se manifesta pela interpretação jurídica, da eficácia normativa como elemento essencial da Constituição, portando, passa-se ao estudo da sua legitimidade e de seus limites.

3.2 A LEGITIMIDADE DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

As teses anteriores a de Dau-Lin que pretendiam explicar o fenômeno da mutação constitucional, partiam da ideia de que se tratava de um fenômeno problemático e lesivo às Constituições, assim, as mutações constitucionais eram vistas como verdadeiras patologias dentro da normatividade constitucional. Para os autores Paul Laband e Georg Jellinek a mutação constitucional representava uma quebra nas normas constitucionais do princípio positivista, conforme informa Urrutia (2000, s.p).

Somente com a tese de Dau-Lin (1998, p. 162) inicia-se uma mudança nesse entendimento, deixando o fenômeno de ser visto com algo maléfico e passando-se a compreensão de sua necessidade em razão do dinamismo social. Para Dau-Lin (1998, p. 166) a mutação constitucional faz parte do conceito de Constituição, conforme preleciona:

A mutação constitucional não é quebramento da Constituição, nem simples regra convencional, mas sim direito. É direito, embora não concorde com o texto da lei; é direito, embora não possa ser compreendida e entendida mediante os conceitos e construções jurídicas formais. Seu funcionamento jurídico encontra-se na singularidade valorativa do direito constitucional; na chamada necessidade política; nas exigências e expressões da vitalidade que se realizam ao se desenvolver o Estado.

Superada a ideia de que a mutação constitucional seria um problema, alguns renomados autores se debruçaram sobre o tema, estudando-o de forma sistematizada, chegando ao consenso, de acordo com Bulos (2014, p. 118) de que a mutação constitucional é o mecanismo capaz de harmonizar a Constituição com o instante histórico em que esta se situa, sendo assim, legítimo o processo de alteração informal da norma..

Silva (2002, p. 267) aponta como fundamento da mutação constitucional o

poder constituinte difuso, uma vez que o poder constituinte difuso destina-se a completar e continuar a obra do poder constituinte originário, por meio de um mecanismo não previsto formalmente, sendo este mecanismo a mutação constitucional.

Asseverando sobre o tema poder constituinte difuso Barroso (2011, p. 128):

Se exerce em caráter permanente, por mecanismo informais, não expressamente previstos na Constituição, mas indubitavelmente por ela admitidos, como são a interpretação de suas normas e o desenvolvimento de costumes constitucionais. Essa terceira via [de poder constituinte] já foi denominada por célebre publicista francês poder constituinte difuso, cuja titularidade remanesce no povo, mas que acaba sendo exercido por via representativa pelos órgãos do poder constituído, em sintonia com as demandas e sentimentos sociais, assim como em casos de necessidade de afirmação de certos direitos fundamentais.

Para Canotilho é a evolução da realidade constitucional o argumento justificador da mutação constitucional. Preleciona o mestre português (2003, p. 1141) “A Constituição não é apenas um ‘texto jurídico’ mas também uma expressão do desenvolvimento cultural do povo”.

A necessidade de uma evolução da compreensão da própria Constituição é imprescindível para a sua atualização e concretização, e logo para a eficácia de sua norma. Para suprir essa necessidade pode-se aplicar uma interpretação evolutiva, capaz de dar sentido atualizado as normas, sobre o tema assevera Barroso (2002, p. 145):

A interpretação evolutiva é um processo informal de reforma do texto da Constituição. Consiste ela na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes. Essa interpretação evolutiva se concretiza, muitas vezes, através de normas constitucionais que se utilizam de conceitos elásticos ou indeterminados, que podem assumir significados variados ao longo do tempo.

Neste prisma, a mutação constitucional se manifesta por meio de uma interpretação evolutiva, tendo em vista que a o texto normativo apresenta um sistema aberto, capaz de comportar interpretações que se modificam ao longo tempo, em suma, conforme Barroso (2002, p. 130):

A interpretação evolutiva se traduz na aplicação da constituição a situações que não foram contempladas quando de sua elaboração e promulgação, por não existirem nem terem sido antecipadas à época, mas que se enquadram claramente no espírito e nas possibilidades semânticas do texto constitucional.

Segundo Miranda (2007, p.169) “A Constituição está sujeita à dinâmica da realidade que jamais pode ser captada através de fórmulas fixas”, assim é possível observar que a Constituição possui formulações e conceitos que se alteram ao longo dos anos, trata-se do dinamismo social, que não poderia ser absorvido por normas engessadas, que nascem mortas ou desprovidas de qualquer eficácia normativa.

No mesmo sentido, Loewenstein (1976, p. 164):

Cada Constituição é um organismo vivo, sempre em movimento como a própria vida, e está submetida à dinâmica da realidade que jamais pode ser captada através de fórmulas fixas. Uma Constituição jamais é idêntica consigo mesma, e está submetida constantemente ao *panta rhei* heraclitiano de todo o vivente.

As mutações surgem silenciosamente, é fruto de um processo paulatino de atualização normativa, não ferindo a Constituição, não significando qualquer tipo de rompimento e quebramento da norma. Trata-se de um processo espontâneo, que somente é percebido quando já está em plena eficácia.

Portanto, a mutação constitucional na atual conjuntura classifica-se como um processo legítimo, que em um sistema constitucional rígido, pode pacificamente conviver com a reforma formal do texto. Segundo Hesse (1998, p. 75) a reforma começa onde terminam as possibilidades da mutação.

No mesmo sentido Vega (1985, p. 181) explica que a reforma e a mutação não são excludentes, são sim complementares. Pois num sistema em que a Constituição se sujeita constantemente à reforma, a mutação perde credibilidade. No entanto num sistema em que a reforma é visto receosamente, não se recorrendo a ela com grande frequência, temos a predominância das mutações constitucionais.

Ademais, embora a mutação constitucional e a reforma da Constituição possam estar presentes concomitantemente num mesmo sistema, a mutação legitimou-se pela compreensão de que não se trata da sobreposição do fático sobre o normativo e nem apenas de uma simples mudança de interpretação semântica.

A legitimidade da mutação constitucional tem suas raízes bem mais profundas, passando pela teoria de Müller (2010, p. 53), que diferencia o “texto” da “norma”, sendo a mutação um processo de alteração dentro da própria norma constitucional, pois há uma alteração em seu âmbito normativo, por meio da realidade que afeta o programa normativo, causando uma modificação no conteúdo da própria norma.

Por conseguinte, a mutação constitucional é a alteração no próprio âmbito

normativo não se confundindo com uma espécie de correção ou complementação de norma. Conforme prolatou em seu voto, no julgamento do RE nº 466.343, o Ministro Gilmar Mendes (Brasil, 2008, s.p):

Deixo acentuado, também, que a evolução jurisprudencial sempre uma marca de qualquer jurisdição de perfil constitucional. A afirmação da mutação constitucional não implica o reconhecimento, por parte da Corte, de erros ou equívocos interpretativos do texto constitucional em julgados pretéritos. Ela reconhece e reafirma, ao contrário, a necessidade da contínua e paulatina adaptação dos sentidos possíveis da letra da Constituição aos câmbios observados numa sociedade que, como a atual, está marcada pela complexidade e pelo pluralismo.

A mutação Constitucional busca o equilíbrio e a harmonia entre a Constituição e a sociedade em que vige essa mesma Constituição, assim, se legítima pela mudança de entendimento não apenas do intérprete, mas também de toda sociedade, sendo este o seu caráter democrático. Para Barroso (2009, p. 125-126):

Novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular.

Observa-se que a legitimidade do processo da mutação constitucional está em seu caráter democrático, não se coadunando com a teoria da mutação constitucional as tentativas de desvirtua-las para atender a um grupo ou a um poder específico. Sua legitimidade tem como respaldo a limitação à atividade interpretativa.

Nesse sentido Queiroz (2009, p. 161):

A mutação do significado de um preceito só pode dar-se no quadro do sentido e finalidade da norma. Ambos são susceptíveis de concretização, mas não podem ser interpretados, de modo algum, de forma arbitrária ou discricionária.

Em suma, é tênue a separação entre um processo legitimado, ainda que informal, de alteração da norma constitucional, com a arbitrariedade. A arbitrariedade desfigura a teoria da mutação constitucional tentando dar uma roupagem de constitucionalidade ao arbítrio daqueles que desempenham a função interpretativa. Para evitar essa problemática procura-se estabelecer limites à mutação constitucional, assegurando assim sua aplicação legítima.

3.3 OS LIMITES À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

No Estado Democrático de Direito a ausência de limitações dos processos informais de alteração da Constituição é intolerável, visto que o fenômeno da mutação constitucional faz parte do processo de concretização da norma, para que esta se realize deve-se observar as limitações impostas pelo próprio texto normativo, sob pena de se conceber não mais uma mutação constitucional, e sim um fenômeno patológico, uma mutação inconstitucional. A respeito dos limites à atividade interpretativa, esclarece Bastos (2007, p. 147):

A questão da fixação dos limites da atividade de interpretação é de supina importância, pois, do contrário, esta poderia servir como um meio de alterar indistintamente a constituição de forma arbitrária, violando seu conteúdo essencial e – o que é pior – gerando uma atmosfera de total insegurança jurídica, que é inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

A Doutrina é omissa em tratar de forma incisiva e sistematizada sobre os limites que devem ser impostos a atividade interpretativa pela via informal, ou seja, por meio da mutação constitucional. A inexistência de uma teoria jurídica sobre o tema é atribuída a inúmeros fatores, destacamos entre os principais a impossibilidade de delimitar quais são os limites exatos em que o fático pode influir no normativo, a incógnita desse ponto exato, seria o limite à mutação constitucional.

Hesse, em sua tese cuidou de aclarar o assunto (1992, p. 90-91):

Uma teoria jurídica da mutação constitucional e de seus limites só seria possível mediante o sacrifício de um dos pressupostos metódicos básicos do positivismo: a estrita separação entre “Direito” e “realidade”, bem como o que constitui sua consequência, a inadmissão de quaisquer considerações históricas, políticas e filosóficas no processo de argumentação jurídica. Sobre tais supostos resultava impossível resolver juridicamente o problema da influência da “realidade” sobre o conteúdo das normas.

Ainda que não se tenha dedicado a uma teoria dos limites da mutação constitucional, Hesse (1998, p. 69), como outros autores, explica que o principal limite à mutação é o próprio texto constitucional. Ressaltando que a letra escrita é um limite insuperável para a atividade interpretativa, não sendo possível atribuir um significado ou um sentido contrário ou que contradiga o que está expresso, em suas palavras Hesse (1998, p. 69-70):

A interpretação está vinculada a algo estabelecido. Por isso, os limites da interpretação constitucional estão lá onde não existe estabelecimento

obrigatório da Constituição, onde terminam as possibilidades de uma compreensão conveniente do texto da norma ou onde uma resolução iria entrar em contradição unívoca com o texto da norma. Estabelecimentos obrigatórios podem, nisso, também estar contidos em Direito Constitucional não escrito. Como, entretanto, direito não escrito não deve estar em contradição com a *constitutio scripta*, é esta um limite insuperável da interpretação constitucional. Esse limite é pressuposto da função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder constituinte. Ele inclui a possibilidade de uma mutação por interpretação; ele exclui um rompimento constitucional – o desvio do texto em cada caso particular – e uma modificação constitucional por interpretação. Onde o intérprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão ele modifica ou rompe a Constituição. Ambos estão proibidos a ele pelo direito vigente. (grifo do autor)

No mesmo sentido Ferraz (1986, p.11) em sua obra adverte que em razão de sua própria natureza a mutação constitucional se manifesta por meio do poder constituinte difuso, ou seja, um fenômeno não previsto, em que ostenta a latente necessidade de impor limites, para que essa atuação não ultrapasse a normatividade do texto Constitucional, conforme a autora:

Seus limites são necessariamente mais amplos e definidos do que os limites que se impõe ao constituinte derivado, isto é, ao poder de reforma constitucional, na medida em que este, com permissão expressa da Constituição, atua precisamente para reforma-la, emenda-la, modificando o texto e o conteúdo constitucional. O poder constituinte difuso, porque não expressamente autorizado, porque nasce de modo implícito e por decorrência lógica, não pode reformar a letra e o conteúdo expresso da Constituição. Sua atuação se restringe a precisar ou modificar o sentido, o significado e o alcance, sem todavia vulnerar a letra constitucional.

Em sentido contrário, Bulos (1997, p. 90) considera impossível impor limites à da mutação constitucional, explica tal posicionamento argumentando que o fenômeno é resultado de forças elementares que variam de acordo com o dinamismo das relações sociais, e assim seria resultado do inconsciente do intérprete, e nesta esteira, impossível seria sua delimitação.

Por essa razão assevera Bulos (1997, p. 91):

As mudanças informais da Constituição não encontram limites em seu exercício. A única limitação que poderia existir – mas de natureza subjetiva, e, até mesmo, psicológica – seria a consciência do intérprete de não extrapolar a forma plasmada na letra dos preceptivos supremos do Estado, através de interpretações deformadoras dos princípios fundamentais que embasam o Documento Maior. Assim, evitar-se-iam as mutações inconstitucionais, e o limite, nesse caso, estaria por conta da ponderação do intérprete, ao empreender o processo interpretativo que, sem violar os mecanismos de controle da constitucionalidade, adequaria a Lei Máxima à realidade social cambiante. É inegável que esse limite subjetivo consubstanciado no elemento psicológico da consciência do intérprete em não violar os parâmetros jurídicos, através de interpretações maliciosas e

traumatizantes, não pode ser levado às últimas consequências, diante da realidade cotidiana dos diversos ordenamentos constitucionais.

Em que pese à negativa do autor Bulos (1997, p. 90) a possibilidade de uma teoria que se dedique a impor limites objetivos ao processo de mutação constitucional, é possível extrair de sua obra a sua preocupação com os limites subjetivos que devem ser impostos pelo próprio interprete em sua atividade interpretativa.

A ausência de limites na conduta do interprete, em sua atividade interpretativa desvirtua a essência do fenômeno da mutação constitucional, vindo a significar uma verdadeira agressão a Constituição, segundo Silva (2002, p. 285) “Se uma conduta ou prática política não coincide com a Constituição, não se trata de forma de mutação constitucional, mas de uma forma de desrespeito ou fraude à Constituição.”

Neste prisma, importante salientar que o limite normativo requer que interprete atenha-se a uma conduta que se baseie na parcimônia, para assim não incorrer no arbítrio, sobre essa atividade interpretativa, Streck (2004, p.131):

A afirmação “a norma é (sempre) produto da interpretação do texto”, ou que o “intérprete sempre atribui sentido (sinngerbung) ao texto”, nem de longe pode significar a possibilidade deste – o intérprete- poder dizer “qualquer coisa sobre qualquer coisa”, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portando, tivesse “existência” autônoma).

Esse desrespeito a Constituição sob o argumento de mutação constitucional, citado por José Afonso da Silva, é na verdade um fenômeno incompatível com as reais finalidades da mutação constitucional, tratando-se em verdade de uma mutação inconstitucional, que ofende a normatividade da Constituição, sobre o assunto assevera Barroso (2009, p. 128):

As mutações que contrariam a Constituição podem certamente ocorrer, gerando mutações inconstitucionais. Em um cenário de normalidade institucional, deverão ser rejeitadas pelos Poderes competentes e pela sociedade. Se assim não ocorrer, cria-se uma situação anômala, em que o fato se sobrepõe ao Direito. A persistência de tal disfunção identificará a falta de normatividade da Constituição, uma usurpação de poder ou um quadro revolucionário. A inconstitucionalidade, tendencialmente, deverá resolver-se, seja por superação, seja por conversão do Direito vigente.

Apresenta-se como principal limite as reformas formais constitucionais, e por analogia também aplica-se ao fenômeno da mutação constitucional, a vedação de

abolição das cláusulas pétreas. As cláusulas pétreas, constantes do art. 60 § 4º da Constituição Federal de 1988, é um núcleo essencial e enrijecido da Constituição, que não pode ser objeto de alteração por obra de poderes constituídos, tal vedação tem por finalidade garantir a estabilidade do texto constitucional, deixando-o fora do alcance de qualquer ameaça a sua permanência.

Ressalta-se que essa intangibilidade é relativa e não absoluta, pois o que se pretende é por as cláusulas pétreas a salvo de aniquilações, sendo possível sua ampliação por meio de emendas ou por meio de reformas. Sobre o assunto, assevera Agra (2007, p. 17):

Deve ser o das cláusulas pétreas implícitas e explícitas. Se o “cerne inalterável” da Constituição não é passível sua modificação pelo processo de reforma, impossível será sua modificação pelo procedimento de mutação constitucional, que não encontra respaldo em cominações legais.

Existem ainda as limitações materiais, consideradas por alguns doutrinadores na esteira de Sarlet (2003, p. 116):

Como as cláusulas pétreas implícitas, são limitações materiais os direitos fundamentais, entendo como impassíveis de reforma ou mutação tendentes à aboli-los ou a diminuir seu âmbito de eficácia, pois qualquer alteração nesse sentido acabaria por destruir a identidade da própria Constituição.

Importante salientar que tanto as limitações materiais, como as cláusulas pétreas, são limites eficazes contra qualquer tipo de alteração formal no texto constitucional, entretendo, quanto as alterações informais a eficácia de seus limites encontra-se de certa maneira comprometida, pois a elasticidade do texto constitucional permite que suas expressões evoluam, dando uma nova interpretação sempre que há uma evolução no contexto social, porém, essa evolução não pode significar um retrocesso aos direitos e garantias fundamentais.

Sendo os direitos fundamentais um limite a atuação do interprete, uma nova interpretação não pode pretender retroceder quanto ao alcance já conquistado pelos direitos fundamentais a pretexto de uma mutação constitucional. Trata-se da concretização do princípio da segurança jurídica, basilar do Estado de Direito. Em conformidade com Sarlet (2003, p. 243):

Com efeito, a doutrina constitucional contemporânea, há muito e sem maior controvérsia, no que diz respeito a este ponto, tem considerado a segurança jurídica como expressão inarredável do Estado de Direito, de tal sorte que a segurança jurídica passou a ter o status de subprincípio concretizador do

princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito. Assim, para além de assumir a condição de direito fundamental da pessoa humana, a segurança jurídica constitui simultaneamente princípio fundamental da ordem jurídica estatal.

Em suma, embora os limites ao fenómeno da mutação constitucional aqui apresentado tenham finalidade precípua a proteção da Constituição e também a proteção da sociedade, assegurando a intangibilidade de direitos e garantias fundamentais, das cláusulas pétreas e da principalmente da supremacia da Constituição.

Em verdade, a efetiva proteção almejada só se concretiza com a busca por um equilíbrio, onde a mutação constitucional não ultrapasse o limite da legitimidade, e nem se adote uma postura rígida visando a proteção do texto constitucional de tal maneira que seu engessamento importe na impossibilidade sua concretização normativa na sociedade que vivencia esta Constituição.

3.4 A MUTAÇÃO INCONSTITUCIONAL E O PROCESSO DEMOCRÁTICO

Quando durante o processo de alteração informal do texto constitucional opera-se um desrespeito as limitações do fenómeno da mutação constitucional, se está diante, em verdade, de uma mutação inconstitucional que afronta o sistema constitucional. Para Canotilho (2002, p. 1230):

Entre uma mutação constitucional obtida por via interpretativa de desenvolvimento do direito constitucional e uma mutação constitucional inconstitucional há, por vezes, diferenças quase imperceptíveis, sobretudo quando se tem em conta o primado do legislador para a evolução constitucional (B. O. Brde: Verfassungsentwicklungsprimat) e a impossibilidade de, através de qualquer teoria, captar as tensões entre a constituição e a realidade constitucional.

É em razão da busca pela evolução constitucional, que permeiam os riscos da mutação inconstitucional, pois, por meio da atividade interpretativa poderia o intérprete realizar todo o tipo de alteração que considere constitucional, desvirtuando-se o sentido da norma sob manto da licitude.

Uma mutação descomprometida com os limites é incompatível com o princípio da supremacia da constituição, sendo traduzido pela doutrina como um quebramento da Constituição. Esse quebramento inconstitucional é traduzido pela violação da letra da lei, em conformidade com Schmitt (2006, p. 115-116):

Quebramento da Constituição: Violação de prescrições legal-constitucionais para um ou vários casos determinados, porém a título excepcional, quer dizer, sob o suposto de que as prescrições quebrantadas seguem inalteradas nos demais, e, portanto, não são nem suprimidas permanentemente nem colocadas temporariamente fora de vigência (suspensas). a) Quebramento inconstitucional da Constituição: Violação a título excepcional de uma prescrição legal constitucional sem atender ao procedimento previsto para as reformas constitucionais. b) Quebramento constitucional da Constituição: violação a título excepcional de uma prescrição legal-constitucional para um ou vários casos concretos, quando, ou é permitido dito quebramento excepcional por uma lei constitucional, ou se observa para isto o procedimento previsto para as reformas da Constituição.

O termo falseamento é também utilizado pela doutrina para explicar a mutação inconstitucional, segundo Vega (1999, p. 291) “o fenômeno em virtude do qual se outorga a certas normas constitucionais uma interpretação e um sentido distinto dos que realmente têm”.

Em sua notável tese Ferraz (1986, p. 202) classificou as mutações inconstitucionais como um processo informal de alteração da norma que resulta em uma mudança não admitidas pela Constituição.

Ferraz (1986, p. 211) esclarece que o fenômeno da mutação inconstitucional se dividi em dois processos distintos, sendo estes: o processos manifestamente inconstitucional e o processo anômalo.

No processo manifestamente inconstitucional altera-se a Constituição contra a sua letra e o seu espírito. Já no processo anômalo, realizam-se práticas que impossibilitam a aplicação das normas constitucionais. Ferraz (1986, p. 213):

É possível distinguir dois tipos de processos dessa ordem. De um lado, os que mudam a Constituição contra a sua letra ou seu espírito. Esses são aqui denominados de processos manifestamente inconstitucionais; de outro, os processos rotulados, à falta de melhor titulação, de processos anômalos. O grupo de processos anômalos reúne modalidades de mudança constitucional que nem sempre podem, rigorosamente, ser tachados de inconstitucionais, porquanto sobre não provocarem alterações na letra constitucional, não é fácil determinar se violam- e até que ponto o fazem – o espírito da Constituição.

No processo anômalo de mutação inconstitucional temos a omissão, que não altera o sentido da norma, como a mutação manifestamente inconstitucional, entretando, essa omissão do legislador infraconstitucional, que não elabora lei capaz de dar efetividade a as normas de eficácia limitadas, é uma forma de mudar a constituição, sobrepujando o Constituinte originário.

Conforme aduzido da obra de Ferraz (1986, p. 213), é uma tarefa difícil identificar as mutações inconstitucionais por omissão, dependendo essas de controle de constitucionalidade eficaz a ponto de coibi-lo. Ainda sobre o assunto, Ferraz (1986, p. 214):

Na prática, as mutações inconstitucionais proliferam ou porquanto o controle de constitucionalidade é ineficaz, ou porque esse controle não logra atingir o universo de atos e práticas desenvolvidas no âmbito dos poderes constituídos, ou porque pela própria natureza do processo ele se subtrai, sem possibilidade de sanção, a qualquer controle de constitucionalidade exercido por órgão ou poder constituído. O único tipo de controle que poderá incidir sobre tais mutações é o controle constitucional não organizado, isto é, o acionado por grupos de pressão, pela opinião pública, pelos partidos políticos etc.

O fenômeno da mutação inconstitucional é sem dúvida uma grande dificuldade enfrentada hodiernamente pela normatividade da Constituição. No entanto, nota-se com maior perplexidade e preocupação as mutações inconstitucionais que ocorrem no âmbito de atuação do próprio guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal que em sua função interpretativa perpassa os limites legítimos do fenômeno da mutação.

Conforme Ferraz Junior (2011, p. 185):

A posição pragmática é de que o sistema do ordenamento, não se reduzindo a uma (única) unidade hierárquica, não tem estrutura de pirâmide, mas estrutura circular de competências referidas mutuamente, dotada de coesão. Por exemplo, o Supremo Tribunal Federal recebe do poder constituinte originário sua competência para determinar em última instância o sentido normativo das normas constitucionais. Desse modo, seus acórdãos ou norma cuja validade decorre de uma norma constitucional de competência, configurando uma subordinação do STF ao poder constituinte originário. No entanto, como o STF pode determinar o sentido de valide da própria norma que lhe dá aquela competência do STF também depende de seus acórdãos (norma), configurando uma subordinação do poder constituinte originário ao STF.

Tendo o Supremo Tribunal Federal a última palavra quanto a validade das normas constitucionais, podemos inferir que o resultado da interpretação dada por este órgão à uma norma, sendo essa interpretação ensejadora de uma mutação constitucional ou inconstitucional, ira se sobrepor a qualquer outro entendimento que se tenha da referida norma.

Na busca de evitar que um poder se sobreponha a outro poder, num estado democrático de direito, Montesquieu (2005, s.p) em sua obra “o espírito das leis” que trata da teoria dos poderes, estabelece a técnica denominada “check and balances”

também conhecida como “freios e contrapesos”, em que afirma a necessidade de uma separação harmônica entre os poderes, sendo esses independentes entre si e não podendo num estado democrático um se sobrepor aos demais.

Os riscos de supressão de direitos e garantias fundamentais por meio das mutações inconstitucionais são aparentes, podendo ser impedidas por meio do controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal. Entretanto, como cabe a este órgão a última palavra acerca do sentido dado a uma norma constitucional, a este órgão deve-se voltar todas as atenções, garantindo assim uma limitação ao seu poder, pelos titulares desse poder, o povo.

Assim, para que não se crie um superpoder judiciário que atue com exorbitância maléfica ao sistema constitucional e as garantias fundamentais, deve-se fortalecer a opinião pública para exercer o que Ferraz (1986, p. 214) denominou de controle constitucional não organizado, baseado nos princípios democráticos, que respeite a vontade da maioria e ao mesmo tempo garanta os direitos da minoria.

Ressaltamos o conceito de Bobbio (2001, p. 80) para o princípio democrático, no sentido deste contexto:

[...] o conceito de democracia não é um conceito elástico. Na sua contraposição à autocracia é um conceito de contornos precisos. E eu o defino da seguinte forma: “democrático” é um sistema de poder no qual as decisões coletivas, isto é, as decisões que interessam toda coletividade (grande ou pequena que seja) são tomadas por todos os membros que a compõem.

Desta forma, inconcebível no estado democrático qualquer poder que se sobreponha aos demais, ou ainda que se sobreponha à própria Constituição, alterando sua letra escrita, sob o argumento de um fenômeno legitimamente reconhecido pela doutrina como um concretizador normativo.

Não se pode pensar em mutação constitucional, quando se está diante de arbitrariedades que ofendem a Constituição, aqui temos a mutação inconstitucional, que deve ser rechaçada com veemência.

4 A MUTAÇÃO INCONSTITUCIONAL NO *HABEAS CORPUS* 126.292

4.1 OS ASPECTOS RELEVANTES DO JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS* 126.292

Em 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal julgou o *Habeas corpus* 126.292 que discutia a legitimidade de ato originário do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, que ao negar provimento ao recurso de apelação, exclusivo da defesa do condenado à pena de privativa de liberdade, determinou a expedição do mandado de prisão dando início ao cumprimento provisório da pena restritiva de liberdade.

A condenação no presente caso se deu com fulcro no artigo 157, parágrafo segundo, incisos I e II do Código Penal Brasileiro, se tratando de prática do crime de roubo qualificado. Na sentença condenatória o magistrado não vislumbrou a necessidade da prisão preventiva, permitindo ao réu recorrer em liberdade. Entretanto, interposto o recurso de apelação, foi determinada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo a prisão do condenado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, em regime inicial fechado.

No *habeas corpus* 126.292 a defesa do condenado alega que a decisão do Tribunal de Justiça configura-se constrangimento ilegal, tendo em vista que a sentença condenatória em primeiro grau concedia ao réu a permissão para que recorresse em liberdade.

O *habeas corpus* em questão foi denegado pela suprema corte numa votação resultante de 7 votos favoráveis a denegação, seguindo o entendimento do relator Ministro Teori Zavascki e 4 votos contrários a denegação, em que abriu divergência a Ministra Rosa Weber.

O voto do relator Ministro Teori Zavascki defendeu a necessidade de uma mudança no entendimento que a Corte vinha adotando desde 2009, sobre o tema da execução provisória de sentenças penais condenatórias, segundo o iminente Ministro o tema enseja reflexões a cerca do alcance do princípio da presunção de inocência aliado à busca de um necessário equilíbrio com a efetividade da função jurisdicional penal.

Ainda segundo o Ministro Teori Zavascki em seu voto (Brasil, 2016, s.p): “a

efetividade da função jurisdicional penal, deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal”.

Dentre os argumentos suscitados pelo relator encontra-se a citação de que com a lei 135/10 (Brasil, 2010, s.p), chamada “lei da ficha limpa” já há a possibilidade de uma espécie de cumprimento provisório da pena antes de exaurir-se todos os possíveis recursos, uma vez que é causa de inelegibilidade a condenação proferida por órgão colegiado. Completando o argumento, profere Zavascki (Brasil, 2016, s.p): “[...] a presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado”.

Com relação às condenações penais, entende o Ministro Zavacki que a possibilidade do cumprimento provisório da pena, ainda que não se tenha julgado os recursos extraordinários, não mitiga o princípio da não culpabilidade, pois para o ministro durante o processo em primeiro grau e durante o julgamento do recurso ordinário, há observância desse princípio. Extraímos de seu voto (Brasil, 2016,s.p):

Realmente, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação –, a presunção de inocência. A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo a quo. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas.

Para Zavascki teve-se ater ainda para a ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinário, e que, portanto, não configuram desdobramento do segundo grau de jurisdição, vez que não se debruçam a análise de matéria fática e probatória, estando limitado à matéria exclusivamente de direito, o que também limitaria o princípio da não culpabilidade. Conforme o aludido Ministro (Brasil,2016, s.p):

Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência.

Em suma, o conhecido voto do relator é pela mudança do entendimento que a corte vinha adotando e assim possibilitar o cumprimento provisório de pena, nas palavras do próprio relator (Brasil, 2016, s.p): “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência”.

O voto do relator ministro Zavascki foi acompanhado pelos votos dos ministros, Edson Fachin, Luis Roberto Barroso, Dias Toffoli; Cármem Lúcia e Gilmar Mendes, totalizando assim sete votos favoráveis à denegação do *habeas corpus* 126.292. Como dito inicialmente, foi o voto da ministra Rosa Weber que abriu divergência, tendo igualmente divergido do relator os ministros Marco Aurélio, Celso de Melo e Ricardo Lewandowski.

Em seu voto o Ministro Marco Aurélio (Brasil, 2016, s.p) demonstrou sua preocupação para com a releitura que o Supremo estava fazendo da Constituição, salientou que após aquela triste tarde tinha dúvidas se a Constituição de 1988 ainda poderia ser chamada de Constituição Cidadã.

O ministro Marco Aurelio (Brasil, 2016, s.p) denominou a decisão como uma execução precoce, temporã, açodada da pena, uma vez que ainda não se tem a culpa devidamente formada, sobe o princípio da não culpabilidade, extraímos de seu voto:

O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. Já disse, nesta bancada, que, quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa.

O ministro ainda lembrou que em 2011 houve uma proposta de emenda a Constituição, chamada de “PEC dos recursos” proposta pelo Ministro Cezar Peluso, que visava os mesmos efeitos que se consolidaram-se no julgamento do *habeas corpus* 126.292, quais sejam: reduzir o quantitativo de recurso nas instâncias superiores, possibilitando-se a execução a partir da decisão de segunda instancia.

O ministro Marco Aurélio deixou transparecer em voto que não vislumbrava que a PEC pudesse prosperar face ao artigo 60 da Constituição Federal que trata da impossibilidade de propostas tendentes a abolir direitos e garantias fundamentais. De fato a PEC não prosperou na seara do poder legislativo, mas sua finalidade acabava de ser prosperada pelo Supremo Tribunal Federal.

Sendo enfático o Ministro Marco Aurélio nos remete a seguinte reflexão ao concluir seu voto (Brasil, 2016, s.p):

Indaga-se: perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmutando-se condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Àquele que surge como inocente? A resposta é negativa.

O voto do Ministro Ricardo Lewandowski foi no mesmo sentido do voto anteriormente proferido pelo Ministro Marco Aurélio, acompanhando a divergência, por não considerar possível a interpretação dada ao princípio da não culpabilidade diferente a interpretação dada outrora. Conforme Lewandowski (Brasil, 2016, s.p):

[...] não consigo, assim como expressou o Ministro Marco Aurélio, Ultrapassar a taxatividade desse dispositivo constitucional, que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado. Isso é absolutamente taxativo, categórico; não vejo como se possa interpretar esse dispositivo. Voltando a, talvez, um ultrapassadíssimo preceito da antiga escola da exegese, eu diria que *in claris cessat interpretatio*. E aqui nós estamos, evidentemente, *in claris*, e aí não podemos interpretar, *data venia*.

Por fim, importante salientar que anterior ao julgamento do *habeas corpus* 216.219 o Ministro relator Teori Zavascki julgando o pedido liminar do referido *habeas corpus*, deferiu o pedido suspendendo a prisão decretada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Em sua decisão, o Ministro lembrou o posicionamento adotado pelo Supremo desde 2009, no julgamento do *habeas corpus* 84.078, originário do estado de Minas Gerais, que considerava que a decretação de prisão só poderia ocorrer após o trânsito em julgado ou estando previstas no caso concreto os requisitos para a prisão cautelar.

Segundo Távora (2013, p. 54) a doutrina pátria é uníssona em considerar o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, em 2009, no *habeas corpus* 84.078 de relatoria do Ministro, hoje aposentado, Eros Roberto Grau, foi um avanço

na concretização da Constituição. Em razão de tal importância passaremos a análise do referido *habeas corpus*.

4.2 A DECISÃO PARADIGMA DO STF NO *HABEAS CORPUS* 84.078

Historicamente, sempre foi objeto de indagações para a doutrina brasileira a natureza jurídica da prisão decorrente de sentença condenatória. Vindo o Supremo Tribunal Federal enfrentar o tema em fevereiro de 2009 por via do *habeas corpus* 84.078, originário do estado de Minas Gerais, tendo o Supremo firmado um entendimento que passou a ser considerado pela doutrina como paradigmático, de acordo com Távora (2013, p. 54).

O Código de Processo Penal de 1941 continha em seu artigo 393, I e II, a seguinte redação: “ São efeitos da sentença condenatória recorrível: I- ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança. II- ser o nome do réu lançado no rol dos culpados.”

A doutrina, conforme Távora (2013, p. 54) com o advento da Constituição Federal de 1988 passou a considerar esse dispositivo do código processo penal como não recepcionado, o que culminou com a sua posterior revogação.

A Constituição Federal de 1988 (Brasil, s.p) assegura entre os direitos e garantias fundamentais a presunção de inocência, melhor denominado princípio da não culpabilidade, expresso em seu artigo 5º, LVII: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Com a revogação do citado artigo 393 do Código de Processo Penal, o artigo 387§1º do mesmo código passou por uma reforma, vindo a estabelecer que ao proferir uma sentença condenatória o magistrado deverá decidir sobre a manutenção ou se for o caso, pela imposição da prisão preventiva, sempre de forma fundamentada.

O artigo mencionado fala de prisão preventiva, pois, cabível ainda as vias recursais não há que se falar em trânsito em julgado para que se tenha o início do cumprimento de pena, principalmente em razão do recurso de apelação possuir o efeito suspensivo, capaz de suspender a condenação e devolver a matéria ao tribunal *ad quem*.

Entretanto, até a decisão do Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* 84.078 os tribunais de justiça estaduais seguiam o entendimento de autorizar o cumprimento da pena após julgado o recurso de apelação, se fosse mantida a condenação da sentença de primeiro grau o tribunal imediatamente expedia o mandado de prisão ainda que pendente de análise os recursos extraordinários, quais sejam: recurso especial e recurso extraordinário, sob o argumento de que esses recursos não possuam efeitos suspensivos.

Com o enfrentamento do tema em sede do *habeas corpus* 84.078 a Suprema Corte no ano de 2009 decidiu pela inconstitucionalidade da execução antecipada da pena, dentre os argumentos mencionado no afamado voto do a época Ministro Eros Roberto Grau, estão os princípios da dignidade da pessoa humana e o princípio da presunção de não culpabilidade até transitada em julgado a sentença condenatória. Conforme exarado em seu voto Eros Grau (2009, s.p):

Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.

Embasa ainda a tese apresentado pelo Ministro Eros Grau o artigo 669 do Código de Processo Penal, em sua redação esclarece que “só depois de passar em julgado, será exequível a sentença. O ministro relator enfatiza o texto expresso da Constituição Federal de 1988 ao se referir em transito em julgado em seu artigo 5º, inciso LVII, inclusive cita o artigo 105 da Lei de Execução Penal que dispõe que a expedição de guia de recolhimento para execução de pena privativa de liberdade está condicionada ao transito em julgado da sentença, conforme Eros Grau (2009, s.p):

Aliás a nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado --- e ser culpado equivale a suportar execução imediata de pena --- anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5º.

Desta feita, após o feliz julgamento do *habeas corpus*, a prisão anterior ao trânsito em julgado de sentença condenatória somente poderia ser decretada a título cautelar, no bojo da sentença condenatória, devendo o magistrado fundamenta-se na observância dos requisitos para a prisão preventiva.

E ainda com base no artigo 580 do Código de Processo penal, a Suprema Corte utilizou-se do efeito da extensibilidade dos efeitos benéficos da decisão, estendendo o entendimento para todas as pessoas presas no país, por via de execução provisória da pena, ou seja, sem que houvesse o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Assim, com a virada jurisprudência os tribunais passaram a adotar uma conduta compatível com o estado de direito e a busca por um sistema penal garantista pautado no princípio da dignidade da pessoa humana.

4.3 A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A mutação constitucional é uma alteração no sentido, no significado, na interpretação de uma norma, ao interpretar os termos “transito em julgado” o Supremo Tribunal Federal atribuiu um novo sentido, alterando diametralmente a orientação jurisprudencial que vinha seguindo desde 2009.

Ao tratar do tema limites da mutação constitucional no capítulo três deste trabalho, indicou-se com base na doutrina que a proibição do retrocesso de direitos e garantias fundamentais é um dos limites deste fenômeno, tendo em vista a segurança jurídica postulado do Estado Democrático de Direito.

O ora chamado por princípio da proibição do retrocesso é também chamado pela doutrina como princípio do não retorno da concretização, ou ainda pelo termo *entrenchment* ou entrincheiramento, segundo Tavares *apud* Agra (2007, p. 24):

Entrenchment é a tutela jurídica do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, respaldada em uma legitimação social, evitando que possa haver um retrocesso, seja através de sua supressão normativa ou por intermédio da diminuição de suas prestações.

No mesmo sentido, dissertando sobre o princípio da proibição do retrocesso, assevera Barroso (2001, p. 158):

Merece registro, ainda, [...] uma ideia que começa a ganhar curso na doutrina constitucional brasileira: a vedação do retrocesso. Por este princípio, que não é expresse, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar uma mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. Nessa ordem de ideias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou uma garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundamental na Constituição.

Com a decisão em sede do *habeas corpus* 84.078 houve um claro avanço na proteção dos direitos e garantias fundamentais, protegendo-se os indivíduos que não poderiam mais ter restringida sua liberdade em via de execução provisória de pena, em consonância com a Constituição. Em outras palavras, toda e qualquer pessoa não poderia mais ser considerada absolutamente culpada até o trânsito em julgado de sentença condenatória.

Não bastasse a letra expressa da nossa Constituição Federal, o Brasil ainda é signatário da declaração Universal dos direitos do Homem, tendo declarada sua adesão em 10 de dezembro de 1948, estando expresse no tratado internacional o princípio presunção de inocência, vejamos (DECLARAÇÃO, 1948, s.p):

Artigo 11º Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.

No mesmo sentido extraímos tal garantia do artigo 14 do Pacto de Direitos Civis e Políticos, incorporado pelo Brasil através do decreto 592 no ano de 1992. E ainda o artigo 8º do Pacto de São José da Costa Rica, incorporado ao nosso ordenamento por meio do decreto 678 do ano de 1992.

Contudo, no julgamento do *habeas corpus* 126.292 há um claro retrocesso dos direitos e garantias fundamentais, especificamente do direito à liberdade, direito de primeira dimensão conquistado por vias árduas e incorporado paulatinamente em nosso ordenamento, contrariando também os limites à mutação constitucional, ainda que se pretendesse uma mutação do termo com a finalidade de atender as políticas criminais, está não seria possível, pois o nosso ordenamento veda tal retrocesso.

A proibição ao retrocesso de direitos e garantias fundamentais, esta pautado no princípio da dignidade da pessoa humana e no princípio da segurança jurídica, a vedação encontra respaldo expresse na Constituição de 1988, em seu artigo 60, §4º, inciso IV, que proíbe até mesmo uma reforma formal que pretenda abolir direito e

garantias fundamentais.

Para Sarlet (2004, p. 255): “a proibição do retrocesso também resulta diretamente do princípio da maximização da eficácia de (todas) as normas de direitos fundamentais.”

Em suma, podemos dizer que a mutação constitucional opera normalmente no Brasil principalmente por meios das grandes viradas jurisprudências, entretanto, não havendo observância aos limites deste fenômeno, tal como a vedação ao retrocessos dos direitos e garantias fundamentais, não se esta diante de uma mutação constitucional, mas sim de uma quebra da constituição, a denominada mutação inconstitucional.

4.4 A MUTAÇÃO INCONSTITUCIONAL NO *HABEAS CORPUS* 126.292 E SEUS EFEITOS ANTIDEMOCRÁTICOS

A Constituição Federal em seu artigo 102 incumbe o Supremo Tribunal Federal como o guardião da Constituição. Para tanto cabe a este órgão a última palavra quanto a constitucionalidade e a inconstitucionalidade de normas, tendo sempre como parâmetro a supremacia da Constituição.

A atividade hermenêutica desenvolvida pelo poder judiciário comporta a principal via de manifestação do fenômeno da mutação constitucional. No julgamento do *habeas corpus* 126.292 temos uma clara mutação do sentido atribuído ao termo “trânsito em julgado” havendo uma virada jurisprudencial histórica.

Entretanto, não há o que se falar em uma mutação constitucional na modificação informal realizada pela Suprema Corte do termo “trânsito em julgado” pois não se vislumbra nessa alteração informal o comprometimento como os ditames sociais característicos desse fenômeno, tratando-se explicitamente de uma mutação inconstitucional. Conforme Nery Junior (2009, p. 88):

A modificação forçada não se caracteriza como mutação constitucional, mas sim como ruptura do sistema. (...) quando se anuncia ou prenuncia que determinada circunstância está sendo modificada pelo tribunal constitucional porque se trataria de mutação constitucional, na verdade está ocorrendo ruptura do sistema, com ofensa flagrante ao texto e ao espírito da

Constituição, porque o anunciador ou pronunciador está demonstrando à evidência sua intenção de modificar a Constituição sem o *due process* legislativo.

Nas grandes modificações de entendimentos em que a Suprema Corte deixa de seguir seus próprios precedentes, a sociedade tende a vivenciar uma sensação de insegurança jurídica, asseverando sobre o assunto Amaral (2006, p.107):

Ora, as frequentes modificações havidas na jurisprudência constitucional brasileira comprometem a segurança jurídica. A literalidade legislativa até pode ser efêmera por força de modificações levadas a efeito pelo próprio Poder Legislativo, mas isso não deve decorrer da atividade do Poder Judiciário. Um mesmo texto legal não pode e não deve ser interpretado pelo Poder Judiciário de diferentes maneiras, mormente pelo seu órgão de cúpula. O STF deve contrabalançar os abusos da maioria, não lhes tomar o lugar.

A modificação realizada no sentido do termo “trânsito em julgado” ultrapassa as possibilidades da hermenêutica jurídica, conforme Streck (2005, p. 88):

“a interpretação, quando excede os limites razoáveis em que há de conter, quando cria ou “inventa” *contra legem* (acrescentaria, contra a Constituição), posto que aparentemente ainda aí na sombra da lei, é perniciosa à garantia como à certeza das instituições”. [grifos do autor]

Imperioso se torna para o Estado democrático de Direito que o fenômeno da mutação inconstitucional ganhe corpo na Suprema Corte, passando o Poder Judiciário a reescrever a Constituição, sem que tenha havido qualquer modificação em seu texto, sem se observar as regras previstas no texto constitucional para o reforma de suas normas, e porque não dizer ainda, subtraindo a função legislativa daquele que legitimamente eleitos representam a vontade popular. Conforme sinaliza Adeotado (2006. p. 393):

Dentro desse direito dogmaticamente organizado observa-se uma outra sobrecarga na decisão concreta, mediante um crescente distanciamento entre textos legais e decisões, fazendo, por exemplo, com que aumente a importância do Judiciário em detrimento do Legislativo, inclusive e principalmente na concretização da Constituição.

No emblemático julgamento do *habeas corpus* 126.292 o Supremo além de dar uma nova interpretação ao termo “trânsito em julgado” ainda ignorou a literalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, sem contudo declara-lo inconstitucional. Este é sem dúvida um dos pontos mais relevantes da crítica atual.

Ainda que a decisão do Supremo venha ao encontro da vontade parte de uma

sociedade que clama por um sistema penal eficaz em sua função punitiva, ainda assim não se pode permitir que o fático se imponha ao normativo, a mutação que vai de encontro ao o texto expresso, relativizando o seu sentido, retrocedendo, não impede a relativização futura de outros direitos e garantias fundamentais.

Nessa seara está arreigado seu caráter antidemocrático, pois uma interpretação que atende ao clamor, ainda que de uma maioria, em detrimento de direitos fundamentais de uma minoria, torna a Constituição um mero instrumento da intencionalidade de seus interpretes, que por não se atentarem aos limites da mutação constitucional em sua interpretação, está pondo risco a essência do Estado Democrático de Direito, nesse sentido Streck (2009, p.04):

Agir no limite de um contexto significa obedecer aos ditames do poder constituído, condição existencial do Supremo Tribunal Federal como poder jurisdicional vinculado à Constituição. Esta compreensão, claro, origina-se do simples fato de que os poderes de um Estado estão submetidos a uma mesma vontade política, objetivamente identificada num determinado percurso histórico das sociedades, ou seja, o instante constituinte. E a importância disso é incontestável, bastando, para tanto, examinar o papel das constituições para consolidação das democracias no século XX.

Ao contrário da mutação constitucional que tem dentre seus objetivos democratizar o Direito Constitucional, torna-lo concreto e atualizado, a mutação inconstitucional, de acordo com Queiroz (2009, p. 148), é a quebra da Constituição, é por a Constituição a serviço daqueles que a interpretam, podendo dela exarar o entendimento que quiser, descompromissado com sua unidade, sua essência e sua sistematização.

Assim pode ser traduzida a mutação inconstitucional do termo trânsito em julgado, uma mutação contrária ao texto expresso, nas palavras do sensato Ministro Eros Roberto Grau em seu voto no *habeas corpus* 84.078: “ A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados - não do processo penal”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Presente trabalho teve por objetivo demonstrar a possibilidade da existência do fenômeno da mutação constitucional num estado democrático de direito, regido por uma Constituição formal e rígida quanto a sua forma de alteração, a partir de então chegamos as seguintes conclusões:

O grande escopo do constitucionalismo é a limitação ao poder absoluto, para tanto existe uma latente necessidade de que o estado democrático de direito esteja pautado na supremacia da Constituição. Necessita-se, portanto, de uma Constituição capaz de representar um mínimo ético numa sociedade pluralista, capaz de representar tamanha força vinculante que desperte nessa sociedade uma espécie de sentimento constitucional.

É imprecindível que o texto constitucional esteja em consonância com o realidade vivida pela sociedade que a Constituição pretende reger, pois não havendo essa harmonia, a Constituição passa a ser uma simples folha de papel, tal como descrita na teoria lassaliana, despida de qualquer força vinculante.

O fenômeno da mutação constitucional se dá de forma não intencional, sendo um fenômeno natural, resultado da dinâmica social, operando-se paulatinamente, para melhor adequação do texto normativo à realidade social que a Constituição pretende reger, em outras palavras, é a uma atualização da norma que se dá através de sua interpretação, evitando uma reforma formal.

A busca da estabilidade e da permanência do texto constitucional não é uma busca dicotômica, trata-se da busca de objetivos que se complementam entre si. E nesse processo fortacem a Constituição. A mutação constitucional é o fenômeno que viabiliza essas duas finalidades, estabilizando o texto por meio de interpretações que garantam a concretização da norma frente aos anseios sociais e mantendo a Constituição permanente, vez que evita que o texto sofra uma série de reformas.

Superada a visão problemática da mutação constitucional, este fenômeno no atual estado democrático de direito se presta como um instrumento da concretização da norma constitucional por meio das interpretações judiciais. Para tanto, o intérprete deve manter a serenidade e observar as limitações à mutação constitucional, sob pena de comprometer sua legitimidade.

No julgamento do *habeas corpus* 126.192 o Supremo Tribunal Federal realizou uma mutação inconstitucional do artigo 5º, LVII da Constituição Federal, dando um novo sentido ao termo trânsito em julgado, incompatível com os parâmetros do atual estado democrático de direito brasileiro.

A mutação inconstitucional é o quebramento da Constituição, é a imposição da vontade do intérprete sobre a vontade da norma. Mutação inconstitucional rompe com os princípios democráticos, vindo a ser um risco ao estado de direito.

A mutação constitucional é benéfica ao estado democrático de direito, o grande desafio que envolve o tema é a delimitação de seus limites, para que não se tenha decisões que extrapolem a legitimidade do poder judiciário.

Em razão da ausência de sistematização dos limites que envolvem a mutação constitucional, e ainda da escassa doutrina que se propõe ao estudo da matéria, concluímos que embora seja um mecanismo concretizador das normas constitucionais, o fenômeno é também um risco à Constituição, pois esta pode ser interpretada pelo Supremo Tribunal Federal da forma que este considere acertada, não estando esta decisão submetida a nenhum tipo de controle por outros poderes, mas tão somente ao poder popular.

O risco que observa-se no fenômeno está na possibilidade de por via da mutação constitucional, o Supremo reescrever a Constituição, passando a operar uma mutação inconstitucional, como no caso do *habeas corpus* 126.292 em que o Suprema Corte reescreveu o princípio constitucional da não culpabilidade, sem que a Constituição tivesse sido submetido a nenhuma reforma formal pelo poder legislativo.

Diante do exposto conclui-se pela compatibilidade do fenômeno da mutação constitucional no Estado democrático de direito, devendo os intérpretes se pautarem na parcimônia ao realizarem as interpretações judiciais, sempre observando os limites impostos pela Constituição, pelo princípio da dignidade da pessoa humana e pela garantia dos direitos fundamentais. Sob o imenente risco de incorrerem numa mutação inconstitucional, ou seja, na quebra da Constituição.

REFERÊNCIAS

ADEOTADO, João Maurício. **Limites éticos do poder constituinte originário e da concretização da Constituição pelo Judiciário**. Florianópolis: Conceito editorial, 2006.

AGRA, Alber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. **Processo constitucional no Brasil: nova composição do STF e mutação constitucional**. Revista de direito Constitucional e Internacional, São Paulo, 2006.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução e nota prévia por José Manuel M. Cardoso da Consta. Coimbra: Almedina, 1994.

BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. **A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais**. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo. Malheiros, 2007.

BRYCE, James. **Constituciones flexibles y constituciones rígidas**. 2 ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962.

BULOS, Uadi Lâmega. **Manual de interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva. 1997.

_____. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: Conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidade da Constituição brasileira**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Mutação constitucional**. In: Moreira, Eduardo Ribeiro; PUGLIESE, Marcio. *Vinte anos da Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva. 2009.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista eletrônica sobre a reforma do Estado, n. 9, Salvador, p. 4, mar. mai. 2007.

BOBBIO, Norberto. **Qual socialismo?**. Trad. Iza de Salles Freaza. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2001,

BRASIL Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.
Acesso em: 02 dez. 2015.

_____, Presidência da República. **Código Processo.Penal de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>.
Acesso em: 10 jun. 2016.

_____. Presidência da República. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.>. Acesso em: 03 abr. 2016.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 84.078**. Relator min. Eros Grau. Brasília. Disponível em
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>.
Acesso em 15 ; jun. 2016.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 126.292**. Relator min. Teori Zavascki. Brasília. Disponível em :
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC126292.pdf>>.
Acesso em 14. Jun.2016.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 628043 RJ**. Relator min Joaquim Barbosa. Brasília.Disponível em:
<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16067272/recurso-extraordinario-re-628043-rj-stf>. Acesso em 14. Jun. 2016

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves; Revisão de José Carlos Barbosa Moreira. 2. ed. Reimpr. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almeidiana.1995.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Coimbra, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA. Pietro. **Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico**. Curitiba: Juruá, 2010.

DAU-LIN, Hsü. **Mutacion de la Constitución**. Tradução de Pablo Lucas Verdú e Cristian Förster. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

_____. **Poder constituinte do estado-membro**. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1979)

FERRAZ JUNIOR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 32 ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. 2 ed. Trad. Pedro Cruz Vilalon. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1998.

HESPANHA, António Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. Lisboa: Mira-Sintra/ Men-Martins, 1997.

HORTA. Raul Machado. **Direito constitucional**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

JELLINECK, Georg. **Reforma y mutacion de la constituion**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1991.

KELSEN. Hans. **Teoria pura do direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1998.

LOCKE, Jhon. **Segundo tratado sobre governo civil**. 1. ed. Editora Edipro.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.

LUCIA AMARAL, Maria. **Constituição e organização do poder político: constitucionalismo forte**. Anuário Português de Direito Constitucional, Lisboa, 2006.

MENDES. Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Voto proferido no julgamento do RE 466.343**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em 17/06/2016.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo II: Constituição. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 2007.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MÜLLER, Fredrick. **Metodologia do direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

PEDRON, Flávio Quinaud. **Mutação Constitucional na crise do positivismo jurídico**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

QUEIROZ, Cristina. **Direito constitucional: as instituições do Estado Democrático e Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2009.

_____. **Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Edição eletrônica: ed. Ridendo Castigat Mores, 2002.

SAMPAIO, Nelson de Souza. **O poder de reforma constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições LTDA, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise**. São Paulo: Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC, 2004.

_____. **Os direitos fundamentais sociais como cláusulas pétreas**. São Paulo: Notadez. 2003.

SCHIMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. 2. ed. Madrid: Alianza, 1996.

_____. **Teoría de la Constitución**. Trad. Francisco Ala. Madri: Alianza, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Poder Constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2002.

TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. Salvador: Editora Juspodivm. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **A diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: uma análise a partir do “ontological turn”**. Belo Horizonte: Revista de Estudos Políticos, 2004.

_____. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. Porto Alegre: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, 2005.

_____. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas – da possibilidade À necessidade de respostas corretas em Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

URRUTIA, Ana Victoria Sanchez. **Mutación constitucional fuerza normativa de la Constitución**: una aproximación al origen del concepto. Revista Española de derecho Constitucional, ano 20, n.58, janeiro/abril de 2000. Disponível em : <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=360&IDA=25497>. Acesso em 26 jun. 2016.

VEGA, Pedro. **La reforma constitucional e la problemática del poder constituyente**. Madrid: Tecnos, 1985.

_____. **La reforma constitucional la problemática del poder constituyente**. Madri: Tecnos, 1999.